Civilgesetzbuch

Bündnerisches

Civilgesetzbuch.

Mit

Erläuterungen

des Gesetzgebers

Dr. P. C. Planta.

Chur, 1863.

Druck und Verlag von [illegible]

Bündnerisches

Civilgesetzbuch.

Mit

Erläuterungen

des Gesetzesredaktors

Dr. P. C. Planta.

Chur, 1863.
Druck und Verlag von Leonh. Hitz.

Berichtigungen.

Der § 3 ist nach Maßgabe des gesetzlichen Textes folgendermaßen zu berichtigen:

Subsidiäres Recht.

Für Fälle, in welchen dieses Gesetz, selbst mit Hülfe der logischen Interpretation, nicht ausreicht, können „im Kanton bestehende Statuten und konstante Rechtsübungen", so wie das gemeine Recht, insoweit dieselben weder dem Wortlaut noch dem Geiste der inländischen Gesetzgebung widerstreiten, als subsidiäre Rechtsquelle benutzt werden.

(In dem an das Volk ausgeschriebenen und von diesem angenommenen Gesetzestext blieben nämlich die im ursprünglichen Entwurf gestandenen, von der zweiten Kommission aber gestrichenen Worte „im Kauton bestehende Statuten und konstante Rechtsübungen" aus Irrthum stehen.)

In § 24 ist der Zusatz beizufügen: „Sie geht nicht auf die Erben des zur Klage Berechtigten über."

Vorwort.

Schon unter der Herrschaft der Mediationsverfassung war bei uns das Bedürfniß empfunden worden, unsere zahlreichen, vielfach ungenügenden, zum Theil auch schon überlebten und sich widersprechenden Statutarrechte durch eine einheitliche und umfassende, den neueren Rechtsideen angepaßte Gesetzgebung zu ersetzen.

Diesem Bedürfniß gab der Gr. Rath am 12. Mai 1812 Ausdruck, indem er, auf Antrag seiner Vorberathungskommission, eine Kommission zu „Bearbeitung eines Civilgesetzbuches für den ganzen Kanton" bestellte und dieselbe anwies, „mit Beförderung Hand an dieses wichtige Werk zu legen und ein solches bis zur nächsten ordentlichen Versammlung des Gr. Rathes wo möglich zu beendigen." Diese Kommission bestand aus den HH. Landr. B. Vieli, Landr. v. Marchion, Bundsland. J. U. v. Sprecher, Bundsland. Enderlin, Oberzunftmeister (späterer Bundespräsid.) J. Friedr. v. Tscharner und Vikari Gaud. v. Planta. Als die Mediationsverfassung fiel, ohne daß bis dahin das gewünschte Gesetzbuch zu Stande gekommen war, behielt man nichts desto weniger das Ziel fest im Auge und schrieb sogar im Art. 31 der neuen Verfassung vom 12. Nov. 1814 ausdrücklich vor:

„Die von den Standesbehörden zu entwerfenden gleichförmigen bürgerlichen und Kriminalgesetze sollen binnen den drei nächsten Jahren berathen und den Ehrs. Räthen und Gemeinden zur Genehmigung vorgelegt werden." Allein die Zeit der Restauration war für die Kodifikation nicht günstig, und unser Volk wäre — es darf dies wohl behauptet werden — damals für eine einheitliche Gesetzgebung weder reif noch viel weniger geneigt gewesen: fast eben so üppig als vor der Helvetik überwucherte in unsern Gemeinden, Gerichten und Hochgerichten der unserm Volk so tief eingepflanzte Trieb nach individueller Besonderung und Selbständigkeit in Verwaltung und Gesetzgebung jede Einheitsidee, und so darf man sich nicht wundern, daß jene Verfassungsbestimmung, die gleichsam als Remini-

szenz aus den eben abgeschlossenen Perioden der Helvetik und der Mediation nachklang, noch lange Zeit gänzlich unbeachtet blieb.

Erst die geistige Bewegung, welche in Folge der französischen Julirevolution von 1830 über Europa und besonders auch über den größten Theil der Schweiz gekommen war, brachte jenen fast vergessenen Verfassungsartikel unseren Behörden wieder in Erinnerung: am 5. Juli 1834 beauftragte der Gr. Rath die Standeskommission mit der Begutachtung, wie demselben Folge gegeben werden könnte, und beauftragte sodann, auf ihren Antrag, am 14. Juli 1835 den Kl. Rath, mit Beförderung eine Kommission von rechtskundigen Männern zu bestellen, „welche allsogleich an die Bearbeitung eines Civilgesetzbuches Hand anlege", nachdem kurz vorher (am 14. Juni desselben J.) Hr. Friedr. Tscharner Namens der im Jahr 1812 bestellten Kommission berichtet hatte: „es habe dieselbe, da es ohne Zweifel im Willen des Gr. Rathes gelegen habe, eine künftige gemeinsame Gesetzgebung den bisher bestandenen statutarischen Vorschriften möglichst anzupassen, mit der Sammlung richtiger Abschriften der Statuten und der Zusammenstellung derselben nach Fächern und Materien begonnen." Es ist klar, daß dieses Verfahren nicht der kürzeste Weg war, um zu einem Gesetzbuch zu gelangen. In Folge des ihm ertheilten Auftrages bestellte sodann der Kl. Rath (22. Dez. 1835) die Gesetzgebungskommission aus den HH. Christof v. Albertini (als Präsidenten), Bundsland. J. U. v. Sprecher, Bürgermstr. J. B. v. Tscharner, Landr. B. Vieli, Bundsland. Buol, Landr. a Marca, Oberst Ulr. v. Planta.

Am 21. Juni 1839 beschloß sodann der Gr. Rath auf Antrag dieser Kommission (welche bis dahin blos ein Gesetz über das Zugrecht bearbeitet hatte): „es solle der Kl. Rath zu Bearbeitung des Civilrechts einen einzigen hiezu tauglichen Mann bezeichnen, der sich wo möglich ausschließlich mit dieser Aufgabe beschäftigen und so wie er eine Materie vollendet hat, seine Arbeit der Gesetzgebungskommission zur Vorberathung übergeben wird." In Ausführung dieses Auftrages wurde von dem Kl. Rath (27. Dez. 1839) der gewesene Kanzleidirektor Vincenz v. Planta als Gesetzesredaktor bestellt, an dessen Stelle später Hr. Bundsstatth. (nachheriger Regierungsrath) J. A. v. Sprecher trat.

Die Bestellung eines eigenen Gesetzesredaktors bewährte sich insofern als von da an eine Reihe, zum Theil wichtiger Gesetzesarbeiten erschienen, wie namentlich diejenigen über „Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten", über die „Intestaterbfolge", „letztwillige Verfügungen", „Bevogtung", „Pfandrechte", „Verpfründung", „Behandlung von Konkursfällen", „Verjährung", „gerichtliche Todeserklärung". Außerdem verdanken wir dieser Gesetzgebungskommis-

sion, als deren verdientestes Mitglied außer den HH. Gesetzesredaktoren Hr. Bundespräsid. J. Bapt. Tscharner genannt zu werden verdient, den (von Hrn. RR. Sprecher verfaßten) Civilprozeß nebst der Gantordnung (dem Betreibungsgesetz). Von besonderen Kommissionen ging nebenher die Bearbeitung des Strafgesetzbuches und des Strafverfahrens aus.

Die wachsende Einsicht aber, daß die Materien des Zivilrechts noch weniger als diejenige des Strafrechts eine zersplitterte und zusammenhanglose Behandlung erleiden und überdies ein solches Verfahren uns noch lange Zeit auf ein vollständiges Gesetzbuch werde warten lassen, so wie die erfreuliche Wahrnehmung, daß an der Empfänglichkeit des Volkes für umfassendere gesetzgeberische Arbeiten, sofern sie einem Bedürfniß entsprechen, nun nicht mehr zu zweifeln sei, ermunterten den ordentlichen Gr. Rath des Jahres 1855, auf Antrag der Vorberathungskommission, zu folgendem Beschluß:

1. Es soll ein vollständiges Gesetzbuch über das Privatrecht unter Benutzung der über einschlägige Rechtsmaterien bereits bestehenden einzelnen Kantonsgesetze ausgearbeitet werden.
2. Der Kl. Rath wird zu diesem Zweck einen Redaktor bestellen, welcher sich zu Beendigung dieser Arbeit innert einer bestimmten Zeitfrist verpflichtet.
3. Nach Beendigung dieses Entwurfes soll derselbe von einer hiezu vom Kl. Rath zu bestellenden und einzuberufenden Spezialkommission zu Handen des Großen Rathes im Ganzen und ohne Unterbrechung durchberathen werden.
4. Die dermalen bestehende Civilgesetzgebungskommission wird mit dem Augenblick aufgehoben, wo der zu bestellende Redaktor in Thätigkeit tritt, hat dagegen bis dahin ihre Wirksamkeit fortzusetzen.

In Ausführung dieses Beschlusses wurde vom Kl. Rath im April des darauf folgenden Jahres (1856) der Verfasser dieses Gesetzbuches als Redaktor bestellt, und zwar mit dem näheren Auftrage, seiner Arbeit das zürcher'sche Gesetzbuch, das kurz vorher erschienen und mit großem Beifall aufgenommen worden war, zu Grunde zu legen.

Im Jahr 1858 erfolgte sodann durch den Kl. Rath auch die Wahl der Kommission für Durchberathung des Entwurfes, und zwar in den HH. RR. Sprecher, Adv. Hold und Dr. Hilti als Mitgliedern, und den HH. RR. Toggenburg und Instruktionsrichter Oswald als Stellvertretern.

Im Frühling des J. 1859 waren der Redaktor sowohl als die Kommission mit ihrer Arbeit zu Ende, so daß dieselbe dem ordentlichen Gr. Rath des nämlichen Jahres gedruckt vorgelegt werden

konnte. Der Gr. Rath beschloß hierauf (15. Juni): das Gesetzbuch an die Gemeinden zur Kenntnißnahme auszutheilen und gleichzeitig eine „Einladung an die Bezirksgerichte und Kreisgerichte, so wie auch an Privaten, welche sich um die Sache besonders interessiren, zu erlassen, ihre Anträge und Bemerkungen bis 1. Febr. 1860 einzureichen.“ Gleichzeitig wurde zu neuer Prüfung des Entwurfes eine Kommission bestellt, und zwar in den HH. Bundsland. Brosi, Bundespräsid. Ganzoni, RR. Peterelli, RR. Salis und Ständerath Caflisch, welcher letztere, da er die Wahl ablehnte, in der Folge durch Hrn. RR. Könz ersetzt wurde. Der Redaktor war dieser Kommission als Referent (ohne Stimmrecht) beigegeben, während er an den Verhandlungen der ersten sich mit Stimmrecht betheiligt hatte.

Auch diese Kommission unterwarf, wie die erste, den Entwurf einer eingehenden artikelweisen Berathung, worauf derselbe, neuerdings gedruckt, dem Gr. Rathe des Jahres 1861 vorgelegt wurde. Im Schooße des letzteren fand sodann keine artikelweise Berathung mehr statt, indem man eine solche in einer so zahlreichen Versammlung, sicher mit gutem Grund, der Sache nicht für zuträglich hielt; wohl aber wurde den Mitgliedern der Behörde Anlaß zu beliebigen Abänderungsanträgen und Interpellationen gegeben, von denen jedoch nur sehr wenige zu Abänderungsbeschlüssen führten. In der Schlußabstimmung wurde das Gesetz einstimmig zur Vorlage an das Volk gutgeheißen.

Die Volksabstimmung, wofür die Frist bis 1. Februar 1862 anberaumt war, ergab eine überwiegende Mehrheit, nämlich 5587 annehmende gegen 3038 verwerfende Stimmen, für die Sanktion des Gesetzes.

Der ordentliche Gr. Rath dieses Jahres endlich verfügte, daß dasselbe mit dem 1. September d. J. in Kraft zu treten habe.

Soviel über die Entstehungsgeschichte unseres Gesetzbuches.

Anlangend die Grundsätze, welche den Redaktor bei Abfassung des Gesetzbuches leiteten, so dürfte der von demselben dem Kl. Rathe im April 1859 eingereichte, das Werk einbegleitende Bericht hierüber den nöthigen Aufschluß geben. Es mag daher derselbe, so weit er sich auf die leitenden Grundsätze im Allgemeinen und nicht auf Einzelnheiten bezieht, hier seine Stelle finden. Dieser allgemeine Theil des Berichtes lautet:

„Mittelst Ihres Auftragschreibens hatten Sie mich angewiesen, meiner Arbeit das Zürcher Civilgesetzbuch zu Grunde zu legen. Allein ich überzeugte mich bald, daß solches nur bedingt möglich wäre, wollte man anders unserm kantonalen Rechtsleben, so weit dasselbe schon in Gesetzen oder in der Anschauung des Volkes eine mehr oder weniger ausgeprägte Gestaltung erhalten hat, nicht zu nahe treten. So beruhen namentlich das Personen-, Sachen-

und Erbrecht in Zürich zu einem großen Theile auf anderer Grundlage als bei uns. Im Forderungsrecht freilich hatte man freiere Hand, da in demselben unsere Landesgesetze und Statuten am allerwenigsten vorgearbeitet haben; allein auch dieses ist im Zürcher Gesetz vielfach für andere Verhältnisse und Gerichte berechnet, ruht übrigens im Wesen ganz auf dem römischen Recht, dessen Obligationenrecht überhaupt die neuere Gesetzgebung beherrscht. Hiezu kam noch, daß ich es sowohl mit meiner persönlichen Ehre als mit derjenigen des Kantons unvereinbar fand, nur einen Abklatsch eines andern Gesetzbuches zu geben.

So entschloß ich mich denn zu einer völlig freien und selbständigen Bearbeitung, bei welcher ich zunächst unsere kantonalen Rechtsinstitute und Rechtsanschauungen und sodann auch unser eigenthümliches Bedürfniß ins Auge faßte. Dieses Bedürfniß schien mir namentlich die Aufgabe zu stellen, das Civilgesetzbuch so zu gestalten, daß es wo möglich eigentliches Volksbuch werden könne. Ein solches konnte es aber nur werden, wenn es möglichst gedrängt und übersichtlich, möglichst klar und gemeinverständlich wurde. Gerade in dieser Beziehung hätte das Zürcher Gesetz kein gutes Vorbild abgegeben, da dasselbe vermöge seiner doktrinären Fassung, seiner zu reichlichen Kasuistik und allerlei Ausnahmen von einmal festgestellten Grundsätzen, so wie vermöge des Mangels an gehöriger und einleuchtender Uebersichtlichkeit wohl kaum zum geistigen Eigenthum des Volkes werden kann, so trefflich es auch im Allgemeinen für gebildetere Gerichte und für Juristen ist. Nun scheint mir auf dem Gebiete des Rechts gerade darin das höchste Ziel eines demokratischen Staates gesucht werden zu müssen, daß dasselbe in das Volk eingehe und in ihm lebendig werde, nicht aber blos Eigenthum einer eingeweihten Kaste sei. Es ist dieses doppelt wichtig in einem Lande, wie das unsrige, in welchem das Volk sich auch in Rechtssachen selbst regiert, in welchem Jeder berufen ist, ohne ewige Bevormundung von Notaren und Juristen, sich in seinen rechtlichen Angelegenheiten selbst zurecht zu finden, seine Rechte und Pflichten zu kennen, Verträge abzuschließen und abzufassen, in Gerichten zu sitzen u. s. w. Es bildet dies eben auch ein Stück bürgerlicher Freiheit, daß Jeder, der mit dem gewöhnlichen Maß von Verstand und Schulbildung ausgestattet ist, auch als Rechtssubjekt möglichst auf eigenen Füßen stehe, wisse, was er thun und lassen darf, ohne sich oder Andere zu schädigen oder sich in ruinöse Prozesse zu verwickeln; daß Jeder den Rechtsboden, auf dem er steht, so weit kenne oder kennen lernen könne als nöthig ist, um seine Rechte zu wahren und die Rechte Anderer zu achten. Es ist einleuchtend, daß durch Einführung eines wahrhaft volksthümlichen Gesetzbuches ein großer Schritt zur geistigen und bürgerlichen Emanzipation geschieht, während, so lange das Recht für die große

Masse ein mit sieben Siegeln verschlossenes Buch ist, ihre rechtliche Unmündigkeit schlecht mit ihrer politischen Mündigkeit stimmt.

Die Rechtssicherheit, die durch ein allgemein zugängliches, leicht faßbares und zugleich den Bedürfnissen des Volkes entsprechendes Gesetzbuch begründet wird, trägt überdies unleugbar viel zu einer geordneteren, friedlicheren und genußreicheren Gestaltung des Privatlebens bei, während umgekehrt die Rechtsunsicherheit den Sinn für Gesetzlichkeit und Ordnung in jeder Richtung verkümmern, das Recht als einen Spielball erscheinen läßt, der je dem Behenderen und Schlaueren als Beute zufällt, und Gewaltthätigkeiten, Rohheiten und böse Leidenschaften aller Art wach ruft.

Gewiß ist ferner auch die volkswirthschaftliche Seite eines, durch ein klares und volksthümliches Gesetzbuch gesicherten Rechtszustandes nicht gering anzuschlagen, indem nur ein solcher den Unternehmungsgeist weckt, die Lust an der Arbeit belebt, Verbesserungen jeder Art anspornt und selbst auswärtige Kräfte und Kapitalien aufmuntert, hier eine fruchtbringende Verwendung zu suchen, während umgekehrt die Rechtsunsicherheit nicht umhin kann, lähmend auf weitaussehendere Unternehmungen und auf die Erwerbs- und Gewerbslust zu wirken.

Was freilich die überall wünschbare Verminderung von Prozessen anbetrifft, so wäre es eine arge Täuschung zu glauben, daß durch ein Gesetzbuch, und würden es Engel vom Himmel herabbringen, das Prozeßführen beseitigt werden könnte, indem einerseits die angeborne Prozeßlust und Streitsucht gewisser Leute durch keinen Kodex zu vertilgen ist, anderseits die ganze zahlreiche Klasse von Prozessen, welche aus faktischen Dunkelheiten und Ungewißheiten entspringt, nach wie vor blühen wird, und endlich auch in rechtlicher Beziehung das beste Gesetzbuch nicht alle gedenkbaren Kombinationen vorsehen kann und soll. Immerhin werden durch ein gutes Gesetzbuch die meisten derjenigen Rechtsstreite nothwendig abgeschnitten, welche ausschließlich Rechtsfragen zum Gegenstande haben — und schon dieses ist wahrlich, auch in ökonomischer Beziehung, als ein erheblicher Gewinn anzusehen.

Auf der Hand liegt endlich, wie viel tröstlicher es für die Richter selbst, besonders für juridisch nicht gebildete, ist, ihre Rechtskenntniß aus der Quelle eines einheimischen und volksthümlichen Rechtsbuches schöpfen zu können, als sich von den Anwälten auf dem Kampfplatze der römisch-, deutsch- und vernunftrechtlichen Kontroversen umhertreiben zu lassen.

Wie hoch in der That die Völker ein volksthümliches Gesetzbuch zu schätzen wissen und wie tiefe Wurzeln ein solches zu schlagen im Falle ist, beweist die Erfahrung zur Genüge. Dem Oesterreicher ist sein Gesetzbuch ein Evangelium wie dem Franzosen das seinige. Ja selbst in den, seit Einführung des Code Napoleon von Frankreich

wieder abgetrennten Ländern, wie in den preußischen und bairischen Rheinprovinzen und im bernerschen Jura, ist die Anhänglichkeit an denselben so groß geblieben, daß die Staaten, welchen jene Länder seither einverleibt wurden, ihnen bis zur Stunde ihre besondere französische Gesetzgebung belassen mußten, wenn sie anders nicht ernstlichen, vielleicht kaum zu bezwingenden Widerstand hervorrufen wollten.

Daß aber auch nur ein gemeinfaßliches, gedrängtes, auf leitende Prinzipien sich beschränkendes und dem Volksgeist zusagendes Gesetzbuch ein solches Ansehen erlangen kann, beweist wieder die Erfahrung, indem es z. B. dem preußischen Landrecht bis zur Stunde nicht gelungen ist, Gemeingut der preußischen Nation zu werden und solches ihm auch schwerlich je gelingen wird.

War es daher in formeller Beziehung mein Hauptbestreben, klar und bündig zu sein und überall nur leitende Grundsätze, diese aber möglichst erschöpfend, mit Vermeidung aller (stets mehr verwirrenden als aufklärenden) Kasuistik, aufzustellen, so ließ ich mir aber des Ferneren auch angelegen sein, das Werk harmonisch und systematisch zu bearbeiten, d. h. nicht einen Theil auf Kosten des andern, nicht eine Materie kurz und die andere breit, die eine mit einem Ballast von Details, die andere ohne solchen, die eine vielleicht nach diesen Grundsätzen, die andere nach anderen. Denn ein Gesetzbuch, wenn es gut sein soll, muß ein einheitliches, zusammenfassendes Ganzes, von Einem Gedanken und Einer Methode beherrscht sein, so daß nichts abgerissen, sondern Alles zusammenhangend und wohl gegliedert erscheint. Aus demselben Grunde suchte ich Wiederholungen zu vermeiden und statt derselben auf die einschlagenden Gesetzesstellen zu verweisen, und verwendete ich meinen besonderen Fleiß auf die Bearbeitung der allgemeinen Bestimmungen über Verträge. Durch die, wie ich glaube, genaue, aber freilich auch mühevolle Behandlung der letzteren wurde es mir möglich, die besonderen Verträge, ohne irgend welche eigentliche Lücke lassen zu müssen, weit kürzer behandeln zu können, als irgend ein anderes auf Vollständigkeit Anspruch machendes Gesetzbuch. Hiebei versteht es sich natürlich von selbst, daß alle unsere jetzigen Gesetze mir nur als Material dienen konnten, im Uebrigen in die neue Form gegossen und dem Geiste des Gesetzbuches angepaßt werden mußten, wodurch gleichzeitig meist eine erhebliche Abkürzung und Vereinfachung erzielt wurde, wovon man sich besonders überzeugen wird durch Vergleichung unserer jetzigen Gesetze über „Loskäuflichkeit von Zehnten und Bodenzinse“, über „Verpfründungen“, über „Behandlung unehelicher Paternitätsfälle“ und des evangel. „Ehegesetzes“ (so weit dieses abrogirt wurde) mit den entsprechenden wenigen, aber völlig ausreichenden und sogar umfassenderen Bestimmungen des Entwurfes. Wäre

dieser im Style jener Gesetze bearbeitet worden, so hätte er zu einem drei- bis vierfachen Volumen anwachsen müssen.

So viel über das Formelle des Entwurfes, wobei ich indeß weit entfernt bin zu glauben, das Ideal, das ich mir vorgesetzt, erreicht zu haben. Hätte ich mir aber ein solches gar nicht vorgesetzt, so würde ich mich ihm ohne Zweifel noch weniger genähert haben.

Was nun das Materielle des Entwurfes betrifft, so mußte es natürlich meine erste Sorge sein, unsere dermalen bestehende Rechtsinstitute möglichst zu berücksichtigen und nicht ohne Noth zu alteriren. Denn in der Gesetzgebung muß in so weit konservativ verfahren werden, als lebensfähige Elemente zwar mit Takt und Schonung fortgebildet, aber nicht von Grund aus zerstört werden sollen, wenn man anders die Rechtsbegriffe des Volkes nicht verwirren und sein Rechtsbewußtsein nicht erschüttern will. Daß die wichtigste Quelle unseres einheimischen Rechtes die bestehende kantonale Gesetzgebung ist, versteht sich von selbst. Wenig Ausbeute dagegen konnten unsere alten Gerichtsstatuten liefern, da sie in denjenigen Materien, welche sie meist behandeln, von der kantonalen Legislation fast gänzlich abrogirt sind, und in den wenigen Beziehungen, in welchen dieses noch nicht geschah, meist ohnehin veraltet und innerlich abgestorben, daher zu Befriedigung unserer heutigen Bedürfnisse kaum mehr brauchbar sind, so sehr sie als rechtshistorische Monumente ein antiquarisches Interesse beanspruchen mögen. Mehr noch zu berücksichtigen waren bestehende Rechtsübungen, wie z. B. hinsichtlich der Selbstpfändung, im Pacht-, Mieth- und Kompromißvertrag. Endlich war überall der Grundton des bündnerischen Rechtslebens möglichst festzuhalten, der sich besonders in der Abneigung gegen Komplikationen und unpraktische Schulweisheit, gegen belästigende Formalitäten und büreaukratische Einmischung, so weit solche nicht im öffentlichen Interesse absolut geboten sind, ausspricht — ein Punkt, in welchem gerade das Zürcher Gesetz unserm Volksgeiste kaum zusagen würde.

Nächst dem einheimischen Rechtsleben mußten natürlich vorzugsweise die allgemeinen Rechtsquellen, das römische und deutsche Recht und mit Rücksicht auf das neuere Verkehrsleben das allgemeine Handelsrecht in Anspruch genommen werden. Da das deutsche Recht unseren alten Gerichtsstatuten (mit wenigen Ausnahmen) fast ausschließlich und unserer kantonalen Gesetzgebung größtentheils zum Grunde liegt und im Allgemeinen volksthümlichere Elemente als das römische enthält, mußte die vorzugsweise Berücksichtigung des deutschen Rechtes, so weit dasselbe überhaupt brauchbar ist, geboten erscheinen. In der That bildet dasselbe die wichtigsten Bestandtheile des Personen-, Sachen- und Erbrechtes, während das Forderungsrecht (mit Ausnahme der in das Handelsrecht einschlagenden Ma-

terien) desto mehr auf das, hierin im Allgemeinen nicht übertroffene römische Recht gebaut ist.

Außer diesem sog. gemeinen Rechte waren es die auswärtigen Kodifikationen, welche der Redaktion sehr wesentliche Dienste leisten mußten, und zwar zunächst die schweizerischen, namentlich diejenigen der Kantone Bern, Solothurn, Luzern, Aargau, Zürich, Wallis, Freiburg und Neuenburg, und sodann die angesehensten des Auslandes, nämlich das österreichische, das französische und das preußische Gesetzbuch. Auf die schweizerischen haben freilich das österreichische und das französische Recht, und zwar ersteres vorherrschend in den deutschen, letzteres vorherrschend in den welschen und sprachlich gemischten Kantonen, großen Einfluß ausgeübt, daher dieselben mit als Hauptquellen auch der schweizerischen Rechtsbücher erscheinen. Immerhin nehmen aber letztere in Bezug auf Selbständigkeit der Bearbeitung und wissenschaftlichen Werth einen sehr verschiedenen Rang ein. Obenan stehen in dieser Hinsicht das Berner, Solothurner und vor Allem das, unzweifelhaft alle überragende, Zürcher'sche, obwohl was Bündigkeit des Ausdrucks und juristische Schärfe betrifft, das Solothurner Gesetz letzterem den Rang wohl ablaufen möchte. Das populärste in der Form, im Uebrigen aber ganz dem Berner Gesetz nachgebildet, ist das Luzerner.

Das Ansehen des österreichischen und des französischen Gesetzbuches ist zu fest begründet, als daß dieselben hier noch hervorgehoben zu werden brauchten. Bemerkt mag nur werden, daß das österreichische Gesetzbuch unserm einheimischen Recht weit näher steht als der, im Allgemeinen auf sehr abweichende Verhältnisse berechnete Code Napoleon, obwohl auch diesem, besonders im Obligationenrechte, viele praktische Winke entnommen werden können.

Alle diese Gesetzbücher ließ sich der Redaktor angelegen sein, stets gewissenhaft zu vergleichen und was auf dem Standpunkte seiner Arbeit in dem einen oder andern brauchbar schien, zu benutzen, wenigstens um Fingerzeige zu erhalten und zum Nachdenken angespornt zu werden. Hiebei war freilich die doppelte Gefahr zu vermeiden, einerseits nach falscher Orginalität, die nirgends verwerflicher als auf dem Rechtsgebiete ist, zu streben, anderseits aber auch nicht der Masse des Stoffes oder den Autoritäten zu erliegen und so, die Selbständigkeit preisgebend, fremdartige Bestandtheile bunt und lose an einander zu reihen oder sklavisch in die Fußstapfen Anderer zu treten, sondern sich frei über dem Stoffe zu erhalten, mit unbefangener Prüfung das Gute herauszufinden und mit freier Kraft zu gestalten. Wenn nun in dem Entwurfe, wenigstens in einzelnen Theilen desselben (wie in dem Nachbarrecht), namentlich die Anklänge an das Zürcher Gesetz vorwalten, so ist dieses dem begreiflichen Umstande zuzuschreiben, daß letzteres am meisten auf der Höhe der jetzigen Wissenschaft steht; doch wird man, hoffe ich,

finden, daß auch das aus demselben Benutzte organisch assimilirt und verarbeitet wurde.

Ferner machte sich der Redaktor zur Aufgabe, in dem Entwurfe das ganze Rechtsgebiet möglichst vollständig zu umfassen und nirgends wesentliche Lücken, die bald nachträglichen Ergänzungen rufen müßten, zu lassen, indem dadurch die so wünschbare Einheit unserer Gesetzgebung nothwendig bald wieder verloren gegangen wäre. Zu diesem Behufe wurde namentlich jede Schranke zwischen dem gemeinen Privatrecht und dem sog. Handelsrechte beseitigt und in dieser Richtung sogar durch Aufnahme des Wechselrechtes*) erheblich weiter als das Zürcher Gesetz gegangen, und zwar von der wohl begründeten Ansicht ausgehend, daß wir bei uns keine, eines besondern Rechtes theilhafte Kaste kennen noch anerkennen, vielmehr die im Handelsverkehr zu beachtenden Grundsätze von dem übrigen Privatrecht sich nicht anders als durch ihr eigenthümliches Objekt unterscheiden, im Uebrigen aber den Charakter allgemeiner Gültigkeit haben müssen.

Ebenfalls im Interesse der Vollständigkeit wurden das „geistige Eigenthum", die „Viehwährschaft" und der „Kompromißvertrag", welche sogar in dem Zürcher Gesetz übergangen sind, behandelt. Was das Wechselrecht, das geistige (literarische und künstlerische) Eigenthum und die Viehwährschaft betrifft, so hat der Entwurf es sich angelegen sein lassen, sich in diesen Materien möglichst den entsprechenden eidgenössischen Konkordatsentwürfen zu akkommodiren, damit für den Fall, daß letztere, wenn auch nur für eine Anzahl Kantone, in das Leben treten sollten, unsere Gesetzgebung mit denselben möglichst im Einklang stehe und nicht nachträgliche Zumuthungen, uns jenen Konkordaten auch anzuschließen, unsere Gesetzgebung neuerdings mit Verwirrung bedrohen. Die sachlichen Abweichungen, die der Entwurf sich erlaubte, waren indeß theils durch die Rücksicht auf unsere besonderen Bedürfnisse theils im Interesse der Vereinfachung geboten. Bedenkt man ferner, daß der Entwurf auch das Verfahren in Behandlung aktiver und passiver Liquidationsmassen enthält, welches von allen mir bekannten privatrechtlichen Gesetzbüchern unberührt bleibt, so darf mit Recht behauptet werden, daß unser Kodex, ungeachtet er (nächst den sehr lückenhaften Zivilgesetzen von Luzern und Aargau) der kürzeste ist, dennoch unter allen der umfassendste ist.

Schließlich noch die Bemerkung, daß eine nicht geringe Schwierigkeit dieser Arbeit darin lag, einerseits unserm praktischen Bedürfniß und besonders der allgemeinen Verständlichkeit, anderseits aber auch den Anforderungen der jetzigen Wissenschaft zu genügen. In-

*) Der vom Wechsel handelnde Abschnitt wurde in der Folge von dem Gr. Rath auf Antrag seiner Kommission beseitigt.

wiefern diese Schwierigkeit überwunden werden konnte, muß hier dahin gestellt bleiben."

Ich habe dem hier Gesagten nur beizufügen, daß das Gesetzbuch einem Vorwurfe kaum entgehen wird, nämlich daß es zu konservativ sei, d. h. daß es sich zu ängstlich an das bis zu seinem Entstehen in Bünden herrschend gewesene Recht hielt und bestehenden Volksanschauungen allzusehr Rechnung trug. Ich selbst bin mir wohl bewußt, daß das Gesetz in mehrfachen Beziehungen, was dessen Inhalt betrifft, hinter meinen persönlichen Wünschen zurückblieb. So halte ich es an sich für fehlerhaft, daß das Eherecht theils die Ehescheidungsgründe übergeht theils nicht in einer freieren, der Gegenwart besser zusagenden Weise behandelt und namentlich auch für die Scheidung katholischer Ehen nicht den ordentlichen bürgerlichen Richter als zuständig erklärt; daß von der Adoption (Annahme an Kindes Statt) Umgang genommen wurde; daß nicht, mit Berücksichtigung der gesteigerten Anforderungen im Verkehrs- und Kreditwesen, noch strengere Vorschriften im Hypothekarwesen aufgestellt, die Schuld- und Pfandbriefe nicht zu zuverläßigen, für den Verkehr besser geeigneten Werthpapieren erhoben wurden u. s. w. Allein solche Unvollkommenheiten finden ihre wohl zureichende Entschuldigung in dem gebieterischen Umstande, daß das Schicksal des Gesetzbuches in letzter Instanz in den Händen des Volkes lag, von dem vorauszusetzen war, daß es in seiner übergroßen Mehrheit dem bestehenden und eingelebten Rechte anhange und daher durch zu weit gehende Neuerungen von der Annahme des Gesetzbuches abgeschreckt würde; wollte man daher sich der Zustimmung desselben versichern, so war man genöthigt, jeden zu schroffen Bruch mit dem Bestehenden zu vermeiden. Der Erfolg hat diese Politik gerechtfertigt und der Zukunft mag es vorbehalten bleiben, auf der glücklich gewonnenen Grundlage weiter zu bauen.

Es erübrigen mir noch einige Bemerkungen mit Rücksicht auf den Kommentar. Ich gedachte mit demselben einen dreifachen Zweck zu erreichen; zunächst sollte er dazu dienen, einzelne Gesetzesstellen, deren Tragweite nicht sofort in die Augen springt, durch weitere Ausführungen, zum Theil an der Hand von Beispielen, zu erläutern, was manchem, dem Rechtsleben ferner Stehenden um so willkommener sein dürfte, als das Gesetz durchweg sehr gedrängt gefaßt ist und daher oft in wenigen Zeilen mehr birgt als der erste Blick vermuthen läßt. Sodann wünschte ich in demselben über die wichtigsten Berathungen und Entscheide der beiden Kommissionen, und zwar mit Rücksicht sowohl auf die am ursprünglichen Entwurf getroffenen Abänderungen als auf das Verhalten der beiden Kommissionen zu einander, einigen Aufschluß zu geben. Endlich wollte ich durch Rückweisungen auf die entsprechenden Rechtsquellen, na-

mentlich auf das deutsche und das römische Recht, durch gelegentliche vergleichende Hinweisungen auf die bekanntesten Gesetzbücher der Schweiz und des Auslandes und ganz besonders durch Vergegenwärtigung unseres früheren Rechtes, vorzüglich unseres Statutarrechtes, den in dem Gesetzbuch enthaltenen Rechtsgrundsätzen eine historische Unterlage geben, um ihnen hiemit mehr Interesse und mehr Färbung zu verleihen und um zugleich durch Aufweisung der das neuere Recht mit dem älteren verknüpfenden Fäden das Rechtsbewußtsein zu kräftigen und zu beleben. Doch mußte dies Alles in aller Kürze und Gedrängtheit geschehen, um nicht dem Buche einen zu großen Umfang zu geben und durch Vermehrung seiner Kosten seinen Absatz zu verkümmern.

Hinsichtlich unseres Statutarrechtes war ich vorläufig lediglich auf die in meinem Besitze befindlichen Statuten beschränkt, von denen aber verschiedene als „erneuert" bezeichnet sind und daher das Vorhandengewesensein älterer voraussetzen. Ob Exemplare dieser älteren Statuten, die freilich ein höheres rechtshistorisches Interesse böten, noch aufzufinden sind, ist mir unbekannt und es gebrach mir diesmal an Zeit, danach zu forschen. Ich behalte mir überhaupt Ergänzungen in dieser Richtung für eine allfällige zweite Auflage dieses erläuterten Gesetzes vor. Uebrigens hat unser geschriebenes Statutarrecht fast nirgends vor der zweiten Hälfte des 15ten, in den meisten Gerichten erst im Laufe des 16ten und in einzelnen wohl erst im 17ten Jahrhundert begonnen; denn die schriftlichen Aufzeichnungen erfolgten in der Regel erst nach gänzlich vollzogenem Loskauf von den Herrschaftsrechten. Die Statuten, die mir zu Gebote standen, sind folgende:

1) Statuten des Oberen Bundes („Statuta und Artikul deß Löbl. Oberen Grawen Pundts", erläutert im Jahr 1713 und Anno 1717 verbessert). Diese Statuten stammen größtentheils von den J. 1518, 1524, 1532 und 1353.

2) Churer Stadtrecht, großentheils vom J. 1465, mit Hauptneuerungen aus dem 16ten und 17ten Jahrhundert.

3) Statuten der fünf Dörfer („Landsatzungen des Hochgerichts der V Dörfer"). Diejenigen über Erbfall, Zug und Testamente rühren von 1519. Das Landbuch rührt von 1570, wurde 1593 und 1707 revidirt.

4) Landbuch von Klosters („Landbuch des Hochgerichts Klosters, innern und äußern Schnitzes"). Die Zeit seiner Abfassung ist nicht angegeben, doch vermuthet man als solche den Anfang des 17ten Jahrhunderts.

5) Landbuch von Davos („Landbuoch, das ist verschriebne Sazungen einer L. Landschaft Davos"), datirt von 1596, revidirt 1646 und 1695.

6) Statuten von Poschiavo („Li statuti, le ordinazioni e leggi Munizipali de la terra e territorio di Poschiavo") ausgezogen (estratti) aus den alten Statuten (da li statuti antichi) im J. 1388, mit Zusätzen von 1474, 1549, 1573 und 1667 und erneuert in den Jahren 1757 und 1812.

7) Statuten des Oberengadin („Aengadinae superioris statuta que ais Ledschas civilas, criminelas et spirituelas), verfaßt ursprünglich von Joh. v. Juvaltd im J. 1563, abgekürzt und ins Romanische übergetragen im J. 1665. Neu revidirt im J. 1839 (die Zitate im Kommentar beziehen sich, wenn nichts beigefügt ist, auf die alten Statuten).

8) Statuten von Bergell („Statuti criminali e civili della Onor. Valld. Bregaglia"). Das Datum ist mir unbekannt.

9) Statuten von Obtasna („Traslüt civil della Hon. Drettüra da Sur Valtasna"), erneuert 1709; (der ältere Ursprung derselben ist nicht angegeben; die Kriminalstatuten waren schon im Jahr 1653 revidirt worden).

10) Statuten von Untertasna („Stralüt civil da la Drettüra da Suot Valtasna"), ohne Datum.

11) Statuten von Remüs („Ledschas civilas da la Drettüra nan dvart Punt Peidra"), ohne Datum.

12) Statuten von Münsterthal renovirt 1707. (Ihr erster Ursprung ist wahrscheinlich vor der Reformation; wenigstens zeugen hievon die Kriminalstatuten, welche die Blasphemie gegen die Heiligen mit Strafe bedrohen).

13) Statuten von Bergün („Schantamaints d'ün Hundro Comoen da Bravuoign"), revidirt 1680 (die Kriminalstatuten rühren von 1549, daher wahrscheinlich auch die Civilstatuten aus der nämlichen Zeit).

14) Statuten von Bivio („Statute del Cumune Bivio e Marmorea"), ohne Datum.

15) Statuten von Oberhalbstein („Statuten und Satzungen der Löbl. Landschaft und Hochgericht Oberhalbstein"), gedruckt 1712 (das Datum des Ursprungs ist nicht angegeben).

16) Satuten von Fürstenau („Statuten und Ordnungen beider Gemeinden Fürstenau und Ortenstein"), erneuert 1702 (die ältesten Statuten sollen von 1552 herrühren).

17) Statuten von Avers („Statuten und Satzungen einer Landschaft und Gemeinde Avers"), erneuert 1622.

18) Landbuch der Gemeinde Obervaz, erneuert 1707.

Schließlich wünsche ich, obwohl es selbstverständlich sein sollte, um Mißverständnisse zu verhüten, einzuschärfen, daß meinen Erläuterungen des Gesetzestextes keinerlei offizieller Charakter beizulegen ist.

Chur, im Juli 1862.

Der Verfasser.

Einleitende Bestimmungen.

---

§ 1.

Anwendbarkeit dieses Gesetzes.

Die Bestimmungen dieses Gesetzes finden ihre Anwendung:

1. Mit Bezug auf das Personenrecht:[1]) a) auf alle Kantonsangehörige, selbst wenn sie außer dem Kanton wohnen; b) auf die im Kanton bestehenden juristischen Personen; c) auf im Kanton niedergelassene oder aufhältliche Kantonsfremde dagegen nur so weit, als nicht etwa das Gesetz oder die Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses die Anwendung eines fremden Rechts fordert.[2])
2. Mit Bezug auf das Sachenrecht: auf alle im Gebiete des Kantons befindlichen Sachen.[3])
3) Mit Bezug auf das Forderungsrecht: auf alle nach Maßgabe der Zivilprozeßordnung bei den hiesigen Gerichten klagbaren Forderungen.[4])
4. Mit Bezug auf das Erbrecht:
   a. auf alle von Kantonsangehörigen herrührende (wenn auch im Auslande gefallene) Erbschaften und Vermächtnisse, sofern Kantonsangehörige dabei betheiligt sind.[5])
   b. auf die im Kanton gefallene, von Nichtbündnern herrührende Erbschaften und Vermächtnisse nur insofern nicht die heimathlichen Gesetze des Erblassers die Anwendung der letzteren verlangen.[6])

Die Vorschriften über gerichtliche Verwahrung und Liquidation sind jedoch auf alle im Kanton gefallene Erbschaften anwendbar.

[1]) In dem Personenrecht herrscht auch in unserer bisherigen Gesetzgebung entschieden das Nationalitätsprinzip (oder das System des Volksrechts) im Gegensatz zum Territorialitätsprinzip (dem System des Landesrechts) vor, indem das auf den Zivilstand (status) und die Handlungsfähigkeit bezügliche, gleichsam das subjektive Recht (mit Einschluß des Familienrechts) als der

Person unserer Staatsangehörigen inwohnend angesehen wird. Freilich kann dieser Grundsatz mit Bezug auf Kantonsangehörige, die nicht in unserm Kanton sich befinden, thatsächlich nur so weit gelten, als er nicht, sei es durch die Macht der Umstände (wie durch zu große Entfernung) sei es durch entgegengesetzte Gesetzgebungen fremder Staaten, begrenzt ist. So kann es unser Staat z. B. nicht erzwingen, daß ein nach unsern Gesetzen handlungsfähiger Kantonsbürger auch an seinem auswärtigen Niederlassungsort als solcher behandelt werde und umgekehrt. Ebenso wenig werden wir fremde Staaten nöthigen können, Ehescheidungssachen dort niedergelassener Bündner an die hiesigen Gerichte zu weisen, wogegen uns allerdings freisteht, anderwärts geschiedene Ehen von Bündnern unserseits als rechtlich nicht aufgelöst zu betrachten. Jeder Staat kann sich eben nur so weit geltend machen, als seine Macht reicht.

Das Nationalitätsprinzip im Personenrecht ist übrigens in unseren bürgerlichen und zum Theil auch in unseren politischen Verhältnissen (besonders mit Bezug auf die Armenversorgungspflicht der Gemeinden und die politische Stimmberechtigung) tief begründet. Was die einschlägigen Beziehungen zwischen den schweizerischen Kantonen betrifft, so wird freilich die Praxis oder die Bundesgesetzgebung auf gewisse übereinstimmende Grundsätze hinzuarbeiten haben. Es ist übrigens nicht zu läugnen, daß sowohl die Gesetzgebungen der Kantone, als die bei einschlägigen Rekursentscheiden zu Tage getretenen Rechtsanschauungen in den eidgenössischen Räthen mehr und mehr dem Territorialitätsprinzip (beziehungsweise dem forum domicilii im Gegensatz zum forum originis) sich zuneigen. Das Bundesrecht ist übrigens auch in dieser Richtung in § 2 Zif. 1 vorbehalten. Graubünden hat indeß wegen seiner zahlreichen periodischen Auswanderungen ein besonderes Interesse, das Nationalitätsprinzip möglichst festzuhalten. Bekanntlich huldigt namentlich auch das französische Recht hinsichtlich des Zivilstandes (état) und der Handlungsfähigkeit (capacité) dem Nationalitätsprinzip. Die Persönlichkeit der Gesetze war namentlich eine Eigenthümlichkeit des alten deutschen Volksrechts.

[2]) Die auf die Vaterschaftsklage bezüglichen Vorschriften z. B. werden (mit Vorbehalt des Gegenrechts) auch gegenüber Kantonsfremden gelten; dagegen finden auf dieselben in der Regel keine Anwendung die auf die Vormundschaft bezüglichen. Die „Natur des Rechtsverhältnisses" wird z. B. hinsichtlich der Vermögensverhältnisse zwischen kantonsfremden Ehegatten, sofern solche bei uns überhaupt zur gerichtlichen Behandlung gelangen und dabei nicht die Haftbarkeit Dritten gegenüber in Frage steht, in der Regel die Anwendung des in der Heimath geltenden ehelichen Güterrechtes erheischen.

[3]) Hinsichtlich der unbeweglichen Sachen unterliegt dieser Satz keinem Zweifel. Mehr Widerspruch dürfte er erfahren mit Rücksicht auf bewegliche Sachen, von denen im Allgemeinen angenommen wird, daß sie dem Besitzer folgen (nach dem Spruch „mobilia personam sequuntur"). Indeß ist es doch richtiger, auch bewegliche Sachen, so weit es sich um dingliche Rechte handelt (und von anderen ist ja im Sachenrechte keine Rede), dem Rechte des Ortes, wo sie liegen (der lex rei sitae), zu unterwerfen, so daß z. B. die Vindikation einer in unserm Kanton befindlichen beweglichen Sache oder das Faustpfand an einer solchen nach bündnerischen Gesetzen zu beurtheilen ist. Es steht dies auch im Einklang mit § 26 der Z. P. O.

[4]) Nach der Z. P. O. (§ 20) ist der Wohnort des Beklagten allgemeiner Gerichtsstand für Zivilforderungen. Demnach werden auch außerhalb des Kantons entstandene Forderungen, wenn der Pflichtige im Kanton wohnt, hier eingeklagt und somit nach hiesigem Recht beurtheilt werden können, vorausgesetzt daß die Parteien nicht (wie § 2 Zif. 2 vorsieht) ausdrücklich oder stillschweigend sich einem auswärtigen Gerichtsstand oder Recht unterworfen gehabt hätten. Daher sind sogar im Auslande entstandene Forderungen aus Schädigung (Deliktklagen), wenn sie hier eingeklagt werden, nach hierländischem Rechte zu beurtheilen, vorausgesetzt, daß sie nicht accessorisch zu einem (im Auslande begangenen und dort zu bestrafenden) Verbrechen zu behandeln sind.

[5]) Vgl. § 27 der Z. P. O. Demnach würde unser Erbrecht selbst dann in Anwendung kommen, wenn der kantonsangehörige Erblasser im Ausland starb und der Nachlaß im Auslande liegt, vorausgesetzt, daß Kantonsangehörige als Erben betheiligt sind. In solchem Fall wird aber die Vollziehung inländischer Urtheile (wenn sie nicht durch Staatsverträge gesichert ist) oft an der entgegenstehenden Gesetzgebung derjenigen Staaten scheitern, in welchen die Erbschaftsobjekte sich befinden, und zwar dies ganz besonders dann, wenn nicht alle an der Erbschaft Betheiligten Bündner sind.

[6]) Die erste Kommission hatte die Anwendung unseres Erbrechtes auch auf die von Nichtbündnern herrührenden im Kanton gefallenen Erbschaften ausgedehnt, an welchen Bündner betheiligt sind. Die zweite Kommission fand aber, daß, wenn man (zufolge lit. a) das bündnerische Recht hinsichtlich der im Ausland gefallenen Erbschaften geltend mache, die Konsequenz es erheische, daß man umgekehrt hinsichtlich der im Kanton gefallenen von Nichtbündnern herrührenden Erbschaften das Heimathrecht des Erblassers anerkenne, vorausgesetzt, daß letzteres in solchem Fall seine Anwendung verlange; und dieses selbst dann, wenn Bündner als Erben betheiligt wären. Wie aber, wenn alle an der Erbschaft Betheiligten Bündner wären? Dann dürfte kaum eine Veranlassung sein, ein fremdes Recht in Anwendung zu bringen.

§ 2.

Ausnahmen.

Vorbehalten bleiben bei obigen Regeln:

1. Bundesgesetze, [1]) Konkordate, Staatsverträge und Retorsionsmaßregeln [2]) gegen Angehörige anderer Staaten;
2. abweichende, ausdrückliche oder stillschweigende Einverständnisse, [3]) insofern solche den im öffentlichen Interesse erlassenen bindenden Vorschriften oder den Rechten Dritter nicht widerstreiten. [4]) Auch werden
3. im Ausland vollzogene Rechtsgeschäfte oder errichtete Testamente, was ihre äußere Form betrifft, hierorts aufrecht erhalten, wenn letztere zwar nicht den inländischen Gesetzen, wohl aber denjenigen des Staates entspricht, in welchem das Rechtsgeschäft vollzogen oder das Testament errichtet wurde. [5])

[1]) Dahin gehört selbstverständlich auch das durch endgültige Rekursentscheide der eidgenössischen Räthe gebildete Bundesrecht.

[2]) Retorsion würde alsdann geübt, wenn Angehörige anderer Staaten gleichsam zur Wiedervergeltung bei uns nach den nämlichen Grundsätzen behandelt würden, nach welchen Bündner in jenen Staaten behandelt werden. Eine solche Retorsion ist in diesem Gesetzbuch lediglich in Vaterschaftssachen (§ 78) vorgesehen. In andern Fällen darf sie vom Richter nicht angewendet werden, es wäre denn, daß sie von den zuständigen Staatsbehörden speziell verfügt worden wäre.

[3]) Hier gilt die Regel „Vertrag bricht Gesetze" (romanisch: „pacts rumpen ledschas"). Haben also die Parteien sich ausdrücklich nach Grundsätzen eines fremden Rechtes verpflichtet, oder geht dies als ihre Absicht unzweideutig aus den begleitenden Umständen hervor, so ist von dem inländischen Richter auch fremdes Recht zu berücksichtigen, wobei sich von selbst versteht, daß, Wer letzteres anruft, nicht nur die behauptete Absicht der Vertragsparteien, sondern auch das beanspruchte fremde Recht zu beweisen hat.

[4]) Demnach könnte z. B. aus Glücksverträgen, die nach unserm Gesetze „kein Klagrecht" geben, vor Bündner Gerichten nicht geklagt werden, wenn auch etwa die

Parteien bei Eingehung derselben ausdrücklich den Bestimmungen unserer Gesetze entsagt oder sich nach den Vorschriften einer auswärtigen, der Aufrechthaltung solcher Verträge günstigeren Gesetzgebung zu verpflichten erklärt haben sollten. Der Grund davon liegt darin, daß die Unklagbarkeit solcher Verträge in einem öffentlichen Interesse verfügt wird, daher allgemein bindend ist. — Auch würde z. B. das Einverständniß zweier Kontrahenten, daß durch den zwischen ihnen abgeschlossenen Kaufvertrag das Eigenthum an einer Liegenschaft auch ohne Protokollirung gültig übertragen werden soll, Dritten gegenüber völlig wirkungslos sein, weil die Vorschriften über Protokollirung von Kaufverträgen über Liegenschaften insofern bindend sind, als sie den Schutz Dritter beabsichtigen.

[5]) Nach dem Grundsatze „locus regit actum", d. h. die formelle Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes richtet sich nach dem Rechte des Ortes, in welchem es zu Stande kommt. Wenn also z. B. ein in Frankreich verstorbener Erblasser dort ein Testament in Notariatsform errichtete, so ist dasselbe von den hiesigen Gerichten als gültig anzusehen, ungeachtet wir das Notariatsinstitut bei uns nicht kennen.

§ 3.

Subsidiäres Recht.

Für Fälle, in welchen dieses Gesetz, selbst mit Hülfe der logischen Interpretation,[1]) nicht ausreicht, kann auch das gemeine Recht,[2]) insoweit dasselbe weder dem Wortlaut noch dem Geiste der inländischen Gesetzgebung widerstreitet, als subsidiäre Rechtsquelle benutzt werden.

[1]) Es soll dieser Ausdruck im Allgemeinen diejenige Auslegung bezeichnen, welche aus der Absicht und dem Geist des Gesetzes schließt. Daß hiebei auch die Analogie zu Hülfe gezogen werden kann, d. h. die von dem Gesetze für ähnliche Fälle aufgestellten Grundsätze zu Ausfüllung allfälliger Lücken benutzt werden können, versteht sich von selbst. — Von der logischen Interpretation unterscheidet man die grammatische, d. h. die Auslegung des Gesetzes nach seinem Wortlaut. Es versteht sich, daß dieser in erster Linie zu berücksichtigen ist.

[2]) Also das römische oder das deutsche Recht, je nachdem es sich um ein Institut des einen oder andern handelt. Das gemeine Recht gilt schon lange bei uns, ohne daß es je förmlich rezipirt worden wäre, als subsidiäres Recht — immerhin auch nur so weit, als es mit unsern bestehenden Rechtsinstitutionen stimmt und gleichsam als positiver Ausdruck des allgemeinen Vernunftrechtes angesehen werden kann. — Der ursprüngliche Entwurf hatte auch „Statuten und konstante Rechtsübungen" als subsidiäres Recht zugelassen. Die zweite Kommission fand aber, es würde dies nur verwirrend wirken und es dürfe diese Rechtsquelle um so mehr gestrichen werden, als sie kaum brauchbaren Rechtsstoff enthalte. — Einzelne Gesetzgebungen (wie z B. die Aargauer) schließen sogar ausdrücklich auch die Zulässigkeit des gemeinen Rechts als subsidiärer Rechtsquelle aus.

Erster Theil.

Personenrecht.

Erster Abschnitt.

Von den Rechtssubjekten.

§ 4.

Allgemeine Bestimmung.

Die Privatrechte werden von Personen ausgeübt. Letztere sind entweder physische (lebendig geborne [1]) menschliche [2]) Individuen) oder juristische (unkörperliche Inhaber eines Rechtswillens). [3])

[1]) Demnach ist nur die lebendige Geburt, nicht aber die Lebensfähigkeit zu Begründung der Rechtsfähigkeit erforderlich, insbesondere auch nicht zur Erbfähigkeit, wie solches das ältere deutsche Recht verlangt.

[2]) Das Individuum muß demnach, um Inhaber von Privatrechten (rechtsfähig) werden zu können, die wesentlichsten Merkmale des Menschen an sich tragen. Ob sie in einem Spezialfalle wirklich vorhanden sind oder nicht, ist Sache des Richters — mit Beihülfe von Sachverständigen — zu beurtheilen.

[3]) Diese heißen wohl auch moralische Personen. Man könnte sie auch ideelle Personen nennen, weil ihre Persönlichkeit nicht in einer physischen Daseinsform an den Tag tritt, sondern auf einer Abstraktion, einer Idee beruht und gleichsam ein künstliches Produkt der Rechtsvernunft ist. Von den juristischen Personen besonders handeln die §§ 87—97.

Erstes Kapitel.

Die physischen Personen.

A. Deren Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

§ 5.

Rechtsfähigkeit.

Jeder Mensch ist rechtsfähig d. h. er kann entweder selbst oder durch das Mittel seiner gesetzlichen Vertreter diejenigen Rechte ausüben, welche im Privatrecht den physischen Personen zukommen. [1])

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit seiner Geburt und endigt mit seinem Tode.

Das Kind im Mutterleibe hat unter der Voraussetzung, daß es lebendig geboren werde, die Anwartschaft auf Rechtsfähigkeit und den Erwerb von Privatrechten und ist dabei, wenn nöthig, obrigkeitlich zu schützen. [2])

[1]) Hiedurch ist z. B. jede Leibeigenschaft ausgeschlossen. Es ist nämlich die Rechtsfähigkeit nicht zu verwechseln mit der Handlungsfähigkeit (§ 15).

[2]) Unter diesen „Privatrechten", auf welche das Kind im Mutterleibe Anwartschaft hätte, sind wohl nicht andere gedenkbar als Erbrechte, daher der Entwurf sie auch nur auf Erbrechte (und zwar im Einklang mit § 473) beschränkte. Die zweite Kommission zog aber diese dem Zürcher Ges. entsprechende Fassung vor.

§ 6.

Registrirung der Geburts- und Todesfälle.

Alle im Kanton vorkommenden Geburten lebendiger Kinder und alle Todesfälle sind mit Angabe des Geburts- und beziehungsweise

Todestages, des Tauf- und Geschlechtsnamens der Geborenen und Verstorbenen nebst ihren Eltern und ihrer Heimath, in den Kirchenbüchern [1]) der Gemeinde, in welcher sie sich ereignen, einzutragen. [2]) Betreffen sie Kantonsangehörige aus einer andern Gemeinde, so sollen sie sofort auch den Pfarrämtern der letztern behufs dortiger Eintragung zur Kenntniß gebracht werden.

Auch ist dafür Vorsorge zu treffen, daß außerhalb des Kantons sich ereignende Geburts- und Todesfälle von Kantonsbürgern in den Registern der Heimathgemeinde vorgemerkt werden. [3])

[1]) Diese haben somit den Charakter öffentlicher Urkunden und begründen als solche vollen Beweis über die durch dieselben zu erhärtenden Thatsachen. Genauigkeit in Führung derselben ist daher sehr zu empfehlen. Selbstverständlich ist hiebei der Gegenbeweis stets vorbehalten.

[2]) Da die Führung der Zivilstandsregister (Kirchenbücher), wodurch obige Thatsachen, wie auch die Trauungsakte (§ 34) konstatirt werden, bei uns den Geistlichen obliegt, erscheinen letztere in dieser Eigenschaft als Staatsbeamtete und unterliegen als solche der Aufsicht der Staatsbehörden.

[3]) Konkordate sind hiezu wohl der geeignetste Weg, und zwar vorerst im Verhältniß der schweizerischen Kantone zu einander, so daß sich dieselben zu gegenseitiger Anzeige der die jenseitigen Staatsangehörigen betreffenden Geburts- und Todesfälle verpflichten würden.

§ 7.

Vermuthung des Lebens.

Der Tod eines Menschen wird so lange rechtlich nicht angenommen, [1]) bis entweder derselbe erwiesen oder eine gerichtliche Todeserklärung erfolgt ist.

[1]) Wer daher von dem Tode eines Andern Rechte ableiten, z. B. Ansprüche auf dessen Nachlaß erheben will, muß beweisen, daß dessen Tod erfolgt sei, bez., wenn die Erfordernisse dazu vorhanden sind, eine gerichtliche Todeserklärung über ihn veranlassen. Der Beweis, daß derselbe hoffnungslos darniedergelegen oder in den letzten Zügen gesehen worden sei, würde somit noch nicht als ein Todesbeweis gelten, wohl aber je nach Umständen (zufolge § 8 sub. 2) die Erlangung einer gerichtlichen Todeserklärung ermöglichen können.

§ 8.

Erfordernisse zur gerichtlichen Todeserklärung.

Eine gerichtliche Todeserklärung kann stattfinden:

1. Wenn seit der Geburt einer abwesenden Person achtzig Jahre verflossen, ihr Aufenthaltsort unbekannt ist und seit fünfzehn Jahren von ihrem Leben keine Berichte eingegangen sind; oder
2. Wenn, abgesehen von dem Alter einer Person, ihr Aufenthaltsort unbekannt und von ihrem Leben wenigstens seit dreißig Jahren keine Kunde eingegangen ist, oder zwar ein solcher Bericht nur seit fünfzehn Jahren ausblieb, aus den Umständen aber eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit des Todes nachgewiesen werden kann. [1])

[1]) Z. B. wenn der Vermißte erwiesener Maßen an einer Schlacht Theil genommen und Kameraden von ihm bezeugen können, ihn schwer verwundet auf dem Schlachtfeld liegen gesehen zu haben. Oder wenn er auf einem Schiffe sich befand, das erwiesener Maßen mit Verlust von Menschenleben Schiffbruch litt.

§ 9.

Zuständige Behörde.

Die zu Erlassung einer gerichtlichen Todeserklärung zuständige Behörde ist das Kreisgericht der Heimath des Vermißten, und im Falle derselbe in mehreren Kreisen heimathberechtigt war, das Gericht desjenigen Kreises, in welchem er oder seine Eltern oder Voreltern zuletzt bürgerliche Rechte ausgeübt haben.

§ 10.

Berechtigung zu dem Gesuche.

Um eine gerichtliche Todeserklärung kann Jeder einkommen, der ein rechtliches Interesse an derselben nachweisen kann. [1]) Die dadurch ergehenden Kosten hat der Gesuchsteller zu tragen.

[1]) In der Regel werden nur Präsumtiverben ein solches nachweisen und daher auf eine Todeserklärung abstellen können. Doch lassen sich auch andere Fälle eines solchen rechtlichen Interesses denken, z. B. wenn A sich für die Lebensdauer des B zu Leistung einer Jahresrente an C verpflichtet hat, kann ihm an einer gerichtlichen Todeserklärung über den verschollenen B genugsam gelegen sein.

§ 11.

Oeffentlicher Ruf.

Wenn das Gericht das Gesuch um eine Todeserklärung zufolge obiger Bestimmungen statthaft findet, so hat es den Abwesenden durch öffentlichen Ruf im Amtsblatte und, je nach Umständen, auch in andern öffentlichen Blättern, welche zur beabsichtigten Mittheilung geeignet scheinen, vorzuladen. Diese Vorladung muß auf ein volles Jahr gestellt sein, und die Androhung enthalten, daß der Abwesende, wenn nicht innert der anberaumten Frist sein Leben erwiesen würde, als todt erklärt werde. Ueberdies soll der Richter während der Rufzeit an dem letzten bekannten oder vermutheten Aufenthaltsorte des Vermißten auf geeignetem amtlichem Wege Erkundigungen über ihn einziehen und die allfällig entdeckte Spur weiter verfolgen.

§ 12.

Todeserklärung.

Ist die Vorladung und die amtliche Nachforschung ohne Erfolg geblieben, und auch von anderer Seite das Leben des Abwesenden nicht erwiesen worden, so soll auf erneuertes Ansuchen die Todeserklärung über denselben von dem Gerichte ausgesprochen und nebst einer Aufforderung zur Anmeldung allfälliger unbekannter Erben im Amtsblatt veröffentlicht werden.

§ 13.

Rechtsfolgen derselben.

Der Tag dieser gerichtlichen Todeserklärung ist für den rechtlichen Sterbetag des Verschollenen zu halten. Mit demselben Tage treten alle Rechte in Kraft, welche vom Tode des Betroffenen abhängig sind.

Die Todeserklärung schließt jedoch den spätern Beweis nicht aus, daß der Abwesende zu einer andern Zeit gestorben oder daß er noch am Leben sei.

Wird ein solcher Beweis geführt, so fällt jede Wirkung der Todeserklärung dahin.

§ 14.

Vermuthung des gleichzeitigen Todes.

Wenn nicht ausgemittelt werden kann, welche von mehreren verstorbenen Personen zuerst mit Tod abgegangen ist, so wird angenommen, daß ihr Tod gleichzeitig erfolgt sei. [1])

[1]) Somit kommt weder auf das Alter noch auf die Todesart der Verstorbenen etwas an. Obige gesetzliche Vermuthung hat zunächst eine erbrechtliche Bedeutung, der Art, daß die Personen, deren gleichzeitiger Tod vermuthet wird, einander nicht beerben.

§ 15.

Handlungsfähigkeit.

Handlungsfähig d. h. fähig, sich durch eigene Handlungen gültig zu verpflichten, sind alle physischen Personen, welche nicht entweder

a. unter elterlicher, ehelicher oder obrigkeitlicher Vormundschaft stehen (mit Vorbehalt der näheren Bestimmungen der §§ 44, 66, 104 und 106); oder

b. ohne unter Vormundschaft zu stehen sei es das mündige Alter (§ 16) nicht erreicht haben, sei es wegen Geisteskrankheit keines Rechtswillens fähig sind, [1])

Handlungsunfähige können aber immerhin durch eigene Handlungen Rechte erwerben (und sind in soweit nur relativ handlungsunfähig), wofern sie nicht im gegebenen Falle vermöge jugendlichen Alters oder Geisteskrankheit gar keinen Rechtswillen besitzen (absolut handlungsunfähig sind). [2])

Nichtbündner, wenn sie im Kanton mit dessen Angehörigen verkehren, werden unter Umständen, unter welchen letztere handlungsfähig sind, auch als handlungsfähig angesehen, selbst wenn sie es nach ihrer heimathlichen Gesetzgebung nicht wären. [3])

[1]) Also auch Personen, welche zwar weder unter elterlicher noch ehelicher noch obrigkeitlicher Vormundschaft stehen, jedoch sei es noch nicht mündig sind, d. h. das 17. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sei es eine Geisteskrankheit haben, durch

welche ihr Rechtswille als getrübt anzusehen ist, sind unfähig, sich selbst zu verpflichten.

²) Auch zur Erwerbung von Rechten durch eigene Handlungen ist ein gewisses Rechtsbewußtsein erforderlich. So kann z. B. ein Säugling oder ein durchaus blödsinniger oder wahnsinniger Mensch selbst weder ersitzen, da er keinen Begriff von Besitz hat, noch durch einen Vertrag sich ein Recht erwerben, da er keinen Begriff von einer ihm gegenüber eingegangenen Verpflichtung hat. Aus dem einem solchen Individuum gegebenen Versprechen kann daher nicht geklagt werden, weil dasselbe nicht als gültig angenommen anzusehen ist. Die Unfähigkeit, Rechte zu erwerben, ist somit ein höherer Grad von Handlungsunfähigkeit, als diejenige, sich zu verpflichten und schließt immer letztere in sich. Eine genauere Spezifikation der absolut Handlungsunfähigen ist nicht möglich, denn weder läßt sich im Allgemeinen das Alter noch die Art und der Grad der Geisteskrankheit angeben, welche einen Rechtswillen absolut ausschließen, da hiefür immer der besondere Fall maßgebend ist. So wäre es z. B. nicht gerechtfertigt, für die absolute Handlungsunfähigkeit das, von dem röm. R. auf das vollendete 7te Jahr angesetzte, Kindheitsalter zu bestimmen, da nach der besonderen Entwickelung eines Kindes dasselbe schon früher oder auch erst später soweit eines Rechtsbewußtseins fähig sein kann, um selbst sich Rechte zu erwerben. Es erübrigt daher nichts anderes, als dem Richter die freie Beurtheilung des Spezialfalles zu überlassen. Im Allgemeinen wird jedoch die Grenze der Handlungsunfähigkeit nicht zu weit zu ziehen und im Zweifel dieselbe nicht anzunehmen sein. Es ist übrigens wohl zu bemerken, daß hier nur von der Fähigkeit, durch eigene Handlungen Rechte zu erwerben, die Rede ist, daher z. B. ein absolut Handlungsunfähiger, wenn er auch durch keinen (obrigkeitlichen oder elterlichen) Vormund vertreten sein sollte, dennoch eine (aktive) Erbschaft erwerben kann, weil er ohne eigene Handlungen von Gesetzes wegen Erbe wird.

Was die Fähigkeit der relativ Handlungsunfähigen betrifft, sich durch eigene Handlungen Rechte zu erwerben, so findet sich die Bedeutung davon näher in § 66 angegeben.

³) Wenn also z. B. ein zwanzigjähriger Franzose in unserm Kanton einen Vertrag abschließt, so wird er dadurch nach unserm Gesetze verpflichtet, ungeachtet er nach französ. Recht erst mit zurückgelegtem 21. Jahre handlungsfähig würde.

§ 16.

Mündigkeit und Volljährigkeit.

Die von dem Alter abhängige Handlungsfähigkeit ist, nach Maßgabe der einschlägigen Gesetzesvorschriften, zunächst durch die Mündigkeit und die Volljährigkeit bedingt. Die Mündigkeit beginnt mit dem erfüllten siebenzehnten, die Volljährigkeit mit dem erfüllten neunzehnten Jahre. ¹)

¹) Das zurückgelegte 17te Altersjahr wurde für den Beginn der Mündigkeit deßhalb gewählt, weil mit diesem Alter zufolge unserer Verfassung die politische Mündigkeit (Stimmfähigkeit und militärische Dienstpflicht) beginnt. Das Volljährigkeitsalter schließt sich an unsere frühere Gesetzgebung an.

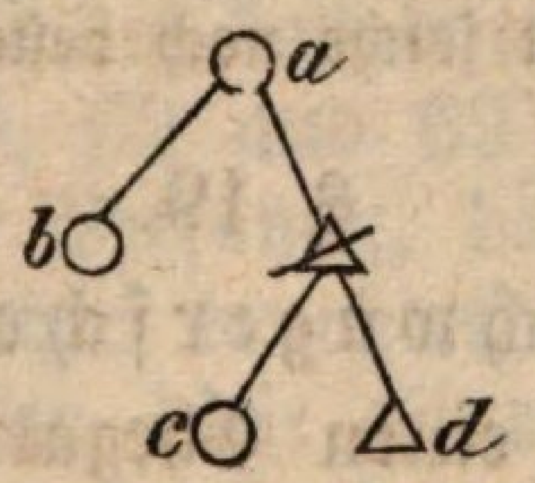
B. Die Familie.

§ 17.
Verwandtschaft.

Durch die Familie [1]) wird zunächst die Verwandtschaft begründet, und zwar in gerader Linie durch Abstammung einer Person von einer andern und in der Seitenlinie durch Abstammung mehrerer Personen von einem gemeinschaftlichen Stammvater. [2])

[1]) Der volle Begriff der Famlie erheischt: a) eine Ehe und b) aus derselben hervorgegangene Kinder. Ehegatten sowohl als Kinder bilden daher für sich nur Bestandtheile der Familie. Immerhin stehen auch die außerehelichen Kinder zu ihrer Mutter in einem familienartigen Verhältnisse.

[2]) In dem untenfolgenden Schema ist somit *a* mit seinem Sohne *b* und seinen Töchterkindern (Enkeln) *c* und *d* in der geraden Linie verwandt, und ebenso, umgekehrt letztere mit ersterem; während *b*, *c* und *d* im Verhältniß zu einander vermöge ihrer gemeinschaftlichen Abstammung von *a* in der Seitenlinie verwandt sind.

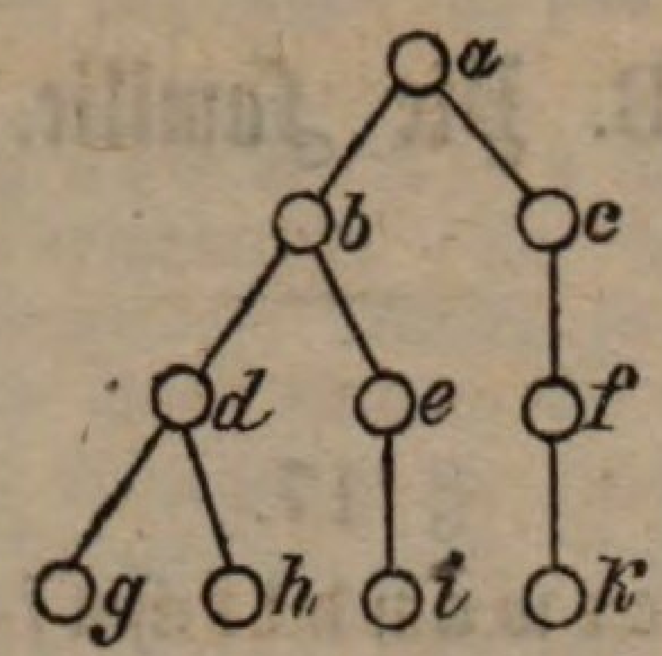


§ 18.
Berechnung der Verwandtschaft.

Die Nähe der Verwandtschaft wird nach Graden berechnet. In der geraden Linie werden so viele Grade gezählt, als Zeugungen von einer Person zur andern sind. So sind Vater und Sohn in dem ersten, Großvater und Enkel in dem zweiten Grade der geraden Linie verwandt.

In der Seitenlinie sind zwei Personen in dem Grade unter sich verwandt, in welchem jede derselben mit dem gemeinschaftlichen Stammvater verwandt ist. So sind Geschwister im ersten, Geschwisterkinder im zweiten Grade der Seitenlinie einander verwandt. Sind die Seitenlinien ungleich, so wird die Verwandtschaft nach den Graden der längeren Linie bemessen. So sind Oheim und Neffe im zweiten, Großoheim und Großneffe im dritten Grade mit einander verwandt. [1])

[1]) In dem unten folgenden Schema ist daher *g* mit dem Urgroßvater *a* in dem dritten, mit dem Großvater *b* in dem zweiten, mit dem Vater *d* in dem ersten Grade der geraden Linie, dagegen mit dem Bruder *h* in dem ersten, mit dem Geschwisterkindvetter *i* in dem zweiten und mit dem Vetter (rom. suvrin) *k* in dem dritten; ebenso aber auch mit *f* und mit *c* (Großoheim) im dritten Grade der Seitenlinie verwandt.



Da nun aber im Grunde das Verwandtschaftsverhältniß von *g* zu *c*, *f* und *k* nicht das nämliche ist, hatte der Entwurf der Genauigkeit zu lieb bestimmt, daß „wenn die Seitenlinien ungleich seien, die Grade der längeren und der kürzeren zugleich angegeben werden sollen," wonach *g* mit *f* im 3ten und 2ten, mit *c* im 3ten und 1sten Grade der Seitenlinie verwandt wäre Die zweite Kommission zog aber die bisher bei uns üblich gewesene kanonische Zählart vor.

In der Berechnung der Verwandtschaft der Seitenlinie durch Bezugnahme auf den gemeinschaftlichen Stammvater tritt ein Moment des deutschen Familienrechtes (die sog. Parentele) hervor, indem das röm. Recht auch in der Seitenlinie die Verwandtschaft lediglich nach der Anzahl der Grade (Zeugungen) bemißt, wonach *g* mit *h* in dem 6ten, mit *f* in dem 5ten, mit *c* in dem 4ten Grade verwandt wäre.

Im deutschen Rechte zerfielen die Verwandten überdies in sog. Schwertmagen und Spillmagen, je nachdem die Verwandtschaft durch lauter männliche Glieder vermittelt wurde oder nicht — eine Unterscheidung, die bei uns nur noch hinsichtlich der Fideikommisse, so weit solche noch bestehen, von praktischer Bedeutung ist.

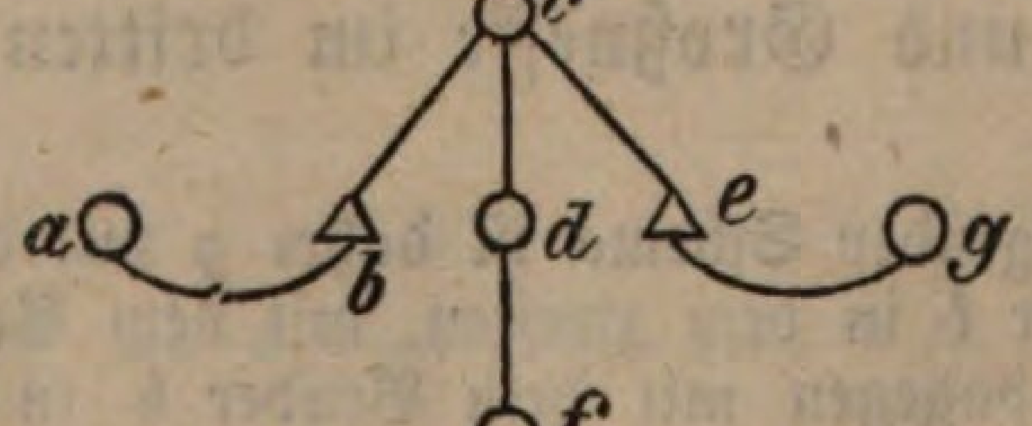
§ 19.

Schwägerschaft.

Das Verhältniß des einen Ehegatten zu den Verwandten des andern und zu deren Ehegatten [1]) heißt Schwägerschaft. In derjenigen Linie und demjenigen Grade, in welchem Jemand mit dem einen Ehegatten verwandt ist, ist er mit dem andern Ehegatten verschwägert und umgekehrt. [2])

[1]) Der Beisatz „und zu deren Ehegatten" wurde, der Uebereinstimmung mit der Z. P. O. (§ 14 Zif. 2 lit. b) zu lieb, von dem Gr. Rath beschlossen. Die ursprüngliche (von den Kommissionen gut geheißene) Begriffsbestimmung stand aber im Einklang mit der gemeinrechtlichen. Vgl. Thibaut Pand. § 149 und Keller Pand. § 33.

[2]) Nach dieser, von dem Gr. Rath modifizirten Begriffsbestimmung wäre in dem unten folgenden Schema der Ehemann *a* nicht nur mit den Blutsverwandten seiner Frau *b* d. h. mit ihrem Vater *c*, ihren Geschwistern *d* und *e* und ihrem Neffen *f* verschwägert, und zwar in dem nämlichen Grade, in welchem die Frau mit denselben verwandt ist, sondern es wäre *a* überdies auch mit *g*, dem Ehemann seiner Schwägerin e verschwägert, und zwar in dem nämlichen Grade wie mit der e selbst.



I. Das Eheverlöbniß.

§ 20.
Begriff.

Das Eheverlöbniß ist das von zwei Personen verschiedenen Geschlechts einander gegebene Versprechen, mit einander eine eheliche Gemeinschaft einzugehen.

§ 21.
Erfordernisse.

Zur Gültigkeit eines Eheverlöbnisses ist erforderlich:

1) die freie persönliche Zustimmung der sich Verlobenden; [1])
2) daß der Bräutigam das 18., die Braut das 16. Altersjahr erfüllt habe;
3) daß die Verlobten die übrigen [2]) zu Eingehung einer gültigen Ehe nach dem Eherecht ihrer Konfession erforderlichen Eigenschaften besitzen;
4) daß sie, wenn sie minderjährig sind, dazu die Einwilligung der Eltern, beziehungsweise des das Elternrecht ausübenden Theiles derselben (siehe §§ 60, 62 und 69) oder, in Ermanglung das Elternrecht ausübender Personen, des Vormundes, sowie, wenn sie zwar volljährig aber bevogtet sind, die Zustimmung des Vogtes besitzen. Sollte diese Einwilligung ohne zureichenden Grund verweigert werden, so kann sie, nach erfolglos gebliebenem Vereinbarungsversuche des, allfällig durch einen Geistlichen unterstützten Vermittlungsamtes, von dem Bezirksgerichtsausschuß in obervormundschaftlicher Stellung (siehe § 129) ergänzt werden. [3])

[1]) Da die Ehe auf freier Zuneigung beruhen soll und ein höchst persönliches Verhältniß ist, kann das Eheverlöbniß nur ohne „Zwang und Ueberdrang" und nur durch persönliche (wenn auch briefliche) Erklärung, nicht aber etwa durch das Mittel eines Dritten, gültig eingegangen werden.

[2]) Diese „übrigen" Requisite zu einer gültigen Verlobung sind nach protestantischem und kanonischem Eherecht:

a) lediger Stand, wobei jedoch die beiden Konfessionen darin abweichen, daß nach kanon. Recht kein Ehegatte durch die Scheidung heirathsfähig wird, so lange der andere lebt;
b) daß die Verlobten mit einander nicht Ehebruch getrieben haben;
c) daß die Verlobten einander nicht zu nahe verwandt oder verschwägert seien. Es weichen aber die beiden Konfessionen darin von einander ab, daß das kanon. Eherecht in der Seitenlinie den Ausschluß wegen Blutsverwandtschaft weiter als das protestantische Eherecht, nämlich bis zum 4ten Grade kanonischer Zählart inkl., ausdehnt, doch läßt es bekanntlich Dispens zu. — Das katholisch kirchliche Verbot gemischter Ehen ist durch unsere Staatsgesetzgebung, namentlich durch das Bundesgesetz vom 3. Dez. 1850, als beseitigt anzusehen.

[3]) Die fehlende elterliche oder vormundschaftliche Einwilligung hat übrigens weder nach kanon. noch nach protest. Eherechte die Nichtigkeit der Ehe, wann diese

einmal geschlossen ist, zur Folge. Sie ist also blos ein verhinderndes, nicht aber ein trennendes Ehehinderniß.

Anmerk. Bei Abgang der Eltern forderten verschiedene unserer Statuten auch die Zustimmung der nächsten Blutsverwandten (Freunde). So: Obere Bund, V Dörfer, Avers. Die Zustimmung der Eltern, resp Verwandten und Vögte, verlangte das St. v. Obtasna nur für Brautleute, die das 16te Jahr noch nicht erfüllt hatten; diejenigen von Remüs und Bergell verlangten sie für Brautleute von noch nicht erfülltem 20sten Jahre, letztere mit dem Zusatze, daß die Eltern ihren zuwiderhandelnden Kindern durch Enterbung $1/3$ ihres einstigen Nachlasses entziehen konnten. Es ist dieses der einzige Fall einer in unsern Statuten zugelassenen Enterbung. Die Einwilligung der Eltern konnte nach dem Churer St. R., wenn sie ohne Grund verweigert wurde, durch Bürgermeister und Rath ersetzt werden.

§ 22.

Beweis des Eheverlöbnisses.

Ein bestrittenes Eheverlöbniß kann rechtsbeständig nur erwiesen werden:

entweder

mittelst einer von dem dasselbe bestreitenden Theil herrührenden schriftlichen Anerkennung des Verlöbnisses. [1])

oder

mittelst der Aussage wenigstens eines vollgültigen Zeugen, daß der bestreitende Theil ihm das Eheverlöbniß eröffnet, oder daß letzteres in seiner, des Zeugen, Gegenwart stattgefunden habe. [2])

[1]) Wenn der das Verlöbniß bestreitende Theil leugnet, daß die angebliche schriftliche Anerkennung von ihm herrühre, so wird das Gegentheil nur durch die gewöhnlichen Beweismittel (wie Eideszuschiebung und Schriftenvergleichung) zu erweisen sein.

[2]) Es versteht sich übrigens, daß ein verbindliches Eheversprechen nur dann angenommen werden kann, wenn es in bestimmten und unzweifelhaften Ausdrücken abgegeben und von dem andern Theil weder ausdrücklich noch stillschweigend zurückgewiesen wurde.

Anmerk. Auch unsere alten Statuten nahmen es mit dem Beweise des Eheverlöbnisses streng. Mehrere verlangten ausdrücklich 2 oder 3 Kundschaften. Fünf Dörfer verlangen „lautere Kundschaften". Nach den Oberbunds St. konnte sowohl der Kläger als der Beklagte verlangen, daß die Obrigkeit von den Verwandten (Freunden) der Gegenpartei „ein Bericht im heimlichen Rath nehmen möge, wie die Sach beschaffen seye."

§ 23.

Im Falle der Schwängerung.

Nur wenn eine geschwängerte, im Uebrigen aber unbescholtene Weibsperson unter dem Eheversprechen geschwängert zu sein behauptet und diese ihre Angabe durch anderweitige Umstände zu unterstützen vermag, bleibt dem Richter überlassen, von den Erfordernissen des § 22 abzugehen und, nöthigenfalls mit Hülfe des Erfüllungseides, nach Maßgabe der Umstände zu entscheiden, vorausgesetzt übrigens, daß der Beklagte der Schwängerung geständig oder durch das zuständige Paternitätsgericht derselben schuldig befunden sei. [1])

[1]) Die Schwängerung (die hier als erwiesen vorausgesetzt wird) bedingt ein so genaues Verhältniß zwischen dem Schwängerer und der Geschwächten, daß sie zwar nicht als Beweis, aber immerhin unter Umständen als Inzicht für die Verlobung gelten darf.

Auch die Statuten der V Dörfer berücksichtigten diesen Fall besonders, und zwar durch den Zusatz: „es were den Sach, daß einer eine überführte und sie schwechte so sollß bey einem ehrsamen Gericht stahn, waß sie billich und recht erkennen mögen."

§ 24.

Klagen aus dem Eheverlöbniß.

Aus dem Eheverlöbniß kann nicht auf dessen Erfüllung, d. h. auf Eingehung der Ehe, sondern nur auf Entschädigung und auf Rückgabe der gegebenen Geschenke geklagt werden, und auch dieses blos in der Voraussetzung, daß der am Verlöbniß festhaltende Theil dem andern keinen zureichenden Grund zu dessen Aufkündung gegeben habe. Ist dieses der Fall, so ist der Klagende auch berechtigt, die empfangenen Geschenke zu behalten. [1])

Die Klage aus dem Eheverlöbniß verjährt mit Ablauf Eines Jahres nach erfolgter unzweifelhafter Kündung desselben, es wäre denn, daß sie in Folge selbstverschuldeter Unterlassung einer rechtzeitigen Einsprache gegen die Trauung des beklagten Theils mit einer andern Person (laut § 33) schon früher erloschen wäre. [2])

[1]) Die Ehe soll als freier sittlicher Akt erscheinen und es darf daher ihre Eingehung nicht erzwungen werden. Dagegen ist es billig, daß Wer ein gegebenes Eheversprechen muthwillig bricht, den dadurch dem Unschuldigen verursachten ökonomischen Nachtheil, so weit ein solcher wahrscheinlich gemacht und geschätzt werden kann, ersetze. Der Verlust der ideellen Güter der Liebe und des Familienglückes u. s. w. kann freilich nicht ersetzt werden. Bemerkenswerth ist auch die Ausnahme, welche das Churer Stadtr. von dem Erforderniß der elterl. Einwilligung im Falle der Schwängerung machte. Alsdann war nämlich der Schwängerer, selbst wenn er zur Verlobung die Einwilligung der Eltern nicht erhalten, zur Ehelichung der Geschwächten verpflichtet, vorausgesetzt, daß diese ihn nicht verlockt hatte, oder schlecht beleumdet war. Jedoch waren in solchem Falle die Eltern, deren Kinder wider ihren Willen eine Ehe eingehen mußten, nicht schuldig, ihnen irgend eine Heimsteuer zu geben.

[2]) Wenn also innert 8 Tagen nach der Verkündung der zur Klage berechtigte Verlobte gegen die Trauung keine Einsprache erhebt, so erlischt sein Klagrecht aus dem Verlöbniß, es wäre denn, daß er darthun könnte, daß ihn höhere Gewalt oder sonstige unverschuldete Umstände an der Einsprache verhinderten. Erfolgten mehrere Verkündungen zu verschiedenen Zeiten, so ist die Frist wohl von der letzten an zu rechnen.

§ 25.

Bemessung der Entschädigung.

Die Größe der zu leistenden Entschädigung ist einerseits nach Maßgabe des zugefügten Nachtheils oder der in der Aufkündung liegenden Unbill, anderseits mit Berücksichtigung der Vermögensumstände und der Lebensstellung der Verlobten zu bemessen. [1])

[1]) Auch das Geschlecht wird in so weit in Betracht kommen, als Weibspersonen, vermöge ihrer abhängigeren Stellung, durch den Bruch eines Ehever-

löbnisses meist weit empfindlicher werden geschädigt werden als Männer. Um so mehr werden letztere es in der Regel für unehrenhaft halten, eine solche Schadensklage zu erheben.

§ 26.

Gerichtsstand.

Entschädigungsklagen aus dem Eheverlöbnisse sind durch die ordentlichen Civilgerichte zu beurtheilen. [1])

[1]) Diese Schadensklagen haben den Charakter gewöhnlicher Zivilklagen und sind daher vorerst bei dem Vermittlungsamt anhängig zu machen und sodann je nach dem eingeklagten Betrag erstinstanzlich von den Kreis- oder von den Bezirksgerichten zu beurtheilen.

II. Förmlichkeiten zur Eingehung der Ehe.

§ 27.

Die Verkündung.

Der Verehelichung muß eine öffentliche Verkündung der Verlobung vorausgehen. [1]) Dieselbe hat, unter genauer Angabe der Namen und der Heimath der Verlobten, im Hauptgottesdienste eines Sonntags oder andern Feiertags, mit Ausnahme jedoch der vier hohen Festtage und des eidg. Bettages [2]) von der Kanzel vor versammelter Kirchgemeinde zu geschehen.

[1]) Für den Staat genügt demnach die einmalige Verkündung selbst katholischer Eheverlöbnisse, obwohl diese nach dem kanonischen Rechte (Concil. Trid. Sessio XXIV. cap. 1) dreimal verkündet werden sollten.

[2]) Das kanonische R. verbietet nicht die Verkündung an hohen Feiertagen, indem es die Verkündung „diebus festivis" verlangt (Concil. Trid. l. c.)

§ 28.

Wo sie erfolgen soll.

Die Verkündung kantonsangehöriger Verlobter soll sowohl in ihrem Wohnorte als in ihrem Heimathorte und, wenn sie mehrere Heimathorte besitzen, wenigstens an Einem derselben, diejenige kantonsfremder innert dem Kanton wohnhafter oder aufhältlicher Verlobter an ihren inländischen Wohn- oder Aufenthaltsorten (siehe § 20 bis 24 der Z. P. O.) erfolgen.

§ 29.

Erfordernisse zur Verkündung.

Kantonsangehörige können, wenn sie nicht in der Pfrundgemeinde des verkündenden Pfarrers getauft oder in deren Taufregister eingetragen, beziehungsweise in derselben Gemeinde heimathberechtigt sind,

blos auf Vorweisung eines Taufscheines des Pfarramtes ihres Tauf- oder Heimathortes verkündet werden. Sollte dieser Schein nicht beigebracht werden können, so muß die Bewilligung des Kleinen Raths zur Verkündung und Trauung eingeholt werden. Vorbehalten bleibt hinsichtlich der Verkündung Kantonsfremder die Bestimmung des § 35.

§ 30.

Die Trauung.

Die Ehe wird durch den, von einem reformirten oder katholischen Geistlichen zu vollziehenden Trauungsakt (Kopulation) geschlossen. [1]) Wesentlich dabei ist, daß die Trauung öffentlich in der Kirche geschehe; daß ferner die beiden Verlobten anwesend seien und ihren Willen, mit einander eine Ehe einzugehen, auf unzweideutige Weise und bei gesunden Sinnen kund geben. [2]) Nur wenn ein Verlobter durch Krankheit gehindert ist, in der Kirche zu erscheinen, und anderseits ein schleuniger Vollzug der Ehe aus triftigen Gründen wünschbar ist, kann die Trauung mit Bewilligung des Ortsvorstandes, statt in der Kirche, in einer Privatwohnung, jedoch nur in Gegenwart zweier, in dem Trauungsregister namhaft zu machenden Zeugen, vorgenommen werden. [3])

[1]) Die Uebertreibung des kirchlichen und sakramentalen Charakters der Ehe Seitens der katholischen Kirche hat, und zwar zuerst in der französischen Gesetzgebung (s. Code Nap. § 165) als Reaktion die Zivilehe hervorgerufen, wonach die Ehe durch die blose Erklärung der Brautleute vor dem Ortsvorstande und die Registrirung derselben gültig geschlossen wird. Obwohl die Zivilehe unter Umständen das einzige Mittel ist, um die persönliche und die Gewissens-Freiheit vor dem kirchlichen Zwange zu retten, wie sie auch immer neue Anhänger gewinnt und selbst in einigen Schweizerkantonen (Genf und Neuenburg) eingeführt ist, so wird dennoch die kirchliche Form wahrscheinlich bei uns noch lange die volksthümlichere bleiben, zumal sie an sich nicht nur die geeignetere ist, dem Abschluß der Ehe die größtmögliche Publizität zu geben, sondern auch ihre sittliche und ideelle Bedeutung am besten darzustellen.

[2]) Nach kanon. R. bildet die Einsegnung (benedictio) den Hauptbestandtheil des Trauungsaktes. Für das Zivilrecht ist dieselbe aber von untergeordneter Bedeutung.

[3]) Zu den Fällen, in welchen Ausnahmstrauungen zugelassen sind, gehören namentlich die sog. „Ehen auf dem Sterbebette", wodurch die Ehrenrettung einer außerehelich Geschwängerten und etwa zugleich die Legitimation unehelicher Kinder bezweckt wird. Das kanon R. (Concil. Trid. l. c.) gibt solche Privattrauungen noch leichter zu, namentlich auch alsdann, wenn begründeter Verdacht ist, daß eine Ehe böswillig verhindert werden wollte. Auch Privattrauungen erheischen indeß zu ihrer Gültigkeit die Anwesenheit von mindestens zwei Zeugen (vgl. § 34).

Anmerk. Die Bergeller St. verlangten zur Trauung bloß die Einsegnung durch einen Geistlichen, die „auf Verlangen der Betheiligten" in der Kirche zu erfolgen hatte.

§ 31.

Bedingungen ihrer Vornahme.

Die Trauung soll jedenfalls nicht eher als sieben Tage (den Verkündungstag mitgerechnet) und nicht später als neun Wochen nach

der Verkündung geschehen. Wird sie nicht von demselben Geistlichen, der das Aufgebot besorgte, vorgenommen, so darf sie überdies bloß nachdem letzteres, und zwar frühestens am sechsten Tage nach der Verkündung (den Verkündungstag mitgerechnet) bescheinigt worden, erfolgen. An hohen Festen, sowie an Buß- und Bettagen dürfen keine kirchliche Trauungen vorgenommen werden.

§ 32.

Verschiedene Konfession der Verlobten.

Gehören die Verlobten verschiedenen Religionsbekenntnissen an, so kann die Trauung gültig sowohl von einem Geistlichen der einen als der andern Konfession vorgenommen werden. [1])

[1]) Es versteht sich, daß wenn z. B. lutherische oder jüdische Gemeinden bei uns entstünden, auch die Trauung von Religionsgenossen durch lutherische oder jüdische Geistliche gültig erfolgen könnte.

§ 33.

Hindernisse.

Wenn gegen die Trauung, sei es bei dem verkündenden, sei es bei dem trauenden Geistlichen, Einsprache erhoben würde oder jenem oder diesem gesetzliche Ehehindernisse offiziell bekannt wären, [1]) so soll die Ausstellung des Verkündscheins, beziehungsweise die Trauung, bis auf Weiteres unterbleiben. Es ist jedoch die erhobene Einsprache, bei Verwirkung im Unterlassungsfalle, innert acht Tagen rechtsanhängig zu machen. Innert derselben Frist hat der funktionirende Geistliche von einem ihm offiziell bekannten gesetzlichen Ehehindernisse dem Präsidenten des zuständigen Ehegerichtes Anzeige zu machen. In dem einen und andern Fall soll alsdann die Ausstellung des Verkündscheins, beziehungsweise die Trauung nicht anders erfolgen, als auf Grund einer Bescheinigung der zuständigen Amtsstelle, daß die Anstände gehoben seien, und der Trauung nichts mehr im Wege stehe.

Gegen die Trauung kann auch von der Heimathgemeinde des Bräutigams insofern gültig Einsprache erhoben werden, als derselbe in volljährigem Alter von ihr Unterstützungen erhielt und diese ihr nicht ersetzt hat. Glaubt er sich durch die erfolgte Einsprache beschwert, so steht ihm der Weiterzug an den Kleinen Rath offen. [2])

[1]) Das Gesetz berechtigt und verpflichtet nur dann den Geistlichen, von sich aus in der Verkündung oder Trauung, unter Anzeige an die kompetente Amtsstelle, eine Zögerung eintreten zu lassen, wenn ihm offiziell Ehehindernisse bekannt sind, wie z. B. wenn aus dem von ihm geführten Kirchenbuche sich ergibt, daß die Brautleute einander zu nahe verwandt sind oder das gesetzliche Alter nicht erreicht haben. Dagegen soll der Geistliche von etwaigen Ehehindernissen, die ihm blos privatim zur Kenntniß gelangten, nicht Anlaß zur Verzögerung oder Verweigerung der Verkündung oder Trauung nehmen und noch viel weniger zu dem gedachten Zwecke Privatverhältnissen nachforschen.

[2]) Obiges Einsprachsrecht der Heimathgemeinde findet seine vollständige Recht-

fertigung in der Idee der Ehe selbst, wonach der Mann bei Eingehung dieser Gemeinschaft zugleich die Verpflichtung zu Erhaltung der dadurch begründeten Familie übernimmt. So lange er aber zu seinem eigenen Unterhalt der öffentlichen Unterstützung bedarf oder die hiefür erhaltene nicht erstattet hat, könnte er eine Ehe voraussichtlich nur eingehen auf Kosten der nämlichen Heimathgemeinde, die dadurch in die Lage versetzt würde, außer ihm auch noch seine Familie erhalten zu müssen — was nicht nur jedem echten Ehrgefühl widerstreitet und als eigentliche Unsittlichkeit erscheint, sondern überdieß eine wirkliche Rechtsverletzung gegenüber der unterstützungspflichtigen Gemeinde in sich schließt.

§ 34.

Registrirung der Trauung.

Der trauende Geistliche soll den Trauungsakt unter Angabe des Trauungstages, des Trauungsortes, der Namen der Getrauten und, wenn die Kopulation nicht in der Kirche geschah, auch zweier Zeugen in das Kirchenbuch eintragen. Sind die Getrauten nicht in seiner Pfarrgemeinde, immerhin aber im Kanton verbürgert, so wird er zugleich die geschehene Kopulation zu Handen des Pfarrers ihres Heimathortes bescheinigen.

§ 35.

Kleinräthliche Bewilligung.

Verlobte, von denen beide oder auch nur der eine Theil kantonsfremd sind, können nur nach vorausgegangener kleinräthlicher Bewilligung im hiesigen Kanton verkündet und getraut werden. Der Kleine Rath wird diese Bewilligung nicht anders als auf Grund der erforderlichen Erlaubnißscheine der zuständigen auswärtigen Heimathbehörden ertheilen. Ebenso bedürfen die von Bündnern im Auslande einzugehenden Ehen der Bescheinigung des Kleinen Raths, daß hierorts der Eingehung derselben nichts im Wege stehe.

§ 36.

Folgen des Zuwiderhandelns.

Geistliche und Verlobte, welche obigen Vorschriften zuwider handeln, sind, wenn sie sich keines schwereren Vergehens dabei schuldig machten, von den zuständigen Kreisgerichten mit einer Buße bis auf Fr. 200 zu belegen.[1]) Diese Buße kann gegen Kantonsangehörige, die außerhalb des Kantons ohne Bewilligung des Kleinen Rathes eine Ehe eingehen, bis auf Fr. 500 gesteigert werden.

Verstöße gegen die Bestimmungen des § 30 haben überdies für Kantonsangehörige die Nichtigkeit der Ehe, wenn diese im Kanton geschlossen wurde, zur Folge.[2]) Dagegen sind Ehen von Bündnern, welche außerhalb des Kantons in einer nach den Gesetzen des betreffenden Staates gültigen Form eingegangen wurden, deßhalb, weil diese Form nicht den Vorschriften des § 30 entspricht, nicht als ungültig zu betrachten.[3]) Ehen Kantonsfremder, die im hiesigen Kanton

mit Uebertretung der Vorschriften der §§ 30 und 35 geschlossen würden, werden vom Staate nicht anerkannt.

[1]) Der Entwurf erklärte die Geistlichen auch für die dem Kanton oder einer Gemeinde aus ihrer Uebertretung erwachsenen Nachtheile verantwortlich. Solche Nachtheile können z. B. durch eine ohne vorangegangene Verkündung erfolgte Trauung der Heimathgemeinde des Bräutigams verursacht werden, wenn letztere hiedurch außer Fall gesetzt wurde, das ihr laut § 33 zustehende Einspruchsrecht geltend zu machen. Ferner könnte der Kanton dadurch geschädigt werden, daß ein Kantonsfremder ohne vorausgegangene Bewilligung seiner Heimathbehörden beziehungsweise des Kl. Rathes getraut würde, insofern die aus dieser Ehe entsprossenen Kinder von dem heimathlichen Staate der Getrauten nicht anerkannt und in Folge dessen unserm Kanton als Heimathlose anfallen würden (welcher letzteren Eventualität freilich durch den Schlußsatz dieses §, wonach so getraute Ehen auch von unserm Staate nicht anerkannt würden, möglichst begegnet ist). Die zweite Kommission glaubte dessenungeachtet, auch gegenüber den fehlbaren Geistlichen sich mit der Buße begnügen zu sollen.

[2]) Somit werden z B in Frankreich von Kantonsangehörigen eingegangene Zivilehen auch von unsern Gesetzen als gültig anerkannt. Ebenso das Solothurner Gesetz § 119.

[3]) Andere Verstöße, außer demjenigen gegen die in § 30 enthaltenen Trauungsvorschriften, affiziren demnach die Gültigkeit der Ehe nicht, sondern haben nur Bußen zur Folge. (Sie sind bloß hindernde, nicht aber trennende Ehehindernisse.) Wohl zu bemerken ist übrigens, daß hier nur von der Ungültigkeit der Ehe aus formellen Gründen die Rede ist. Ueber die materiellen Nichtigkeitsgründe verfügen laut § 54 die konfessionellen Ehegesetze.

III. Rechtliche Wirkungen der Ehe.

§ 37.

Die Frau ist die Genossin des Mannes.

Durch die Ehe wird die Frau die Genossin des Mannes. [1]) Sie tritt aus ihrem bisherigen Familien- und Heimathverbande heraus, erhält dagegen den Geschlechtsnamen und das Bürgerrecht des Mannes und muß ihm in seinen Wohnsitz folgen. Nur in besondern Fällen und aus dringenden Rücksichten auf ihre Wohlfahrt kann sie durch das Ehegericht von letzterer Verpflichtung entbunden werden. [2]) Die Frau tritt ferner in den Mitgenuß des Vermögens ihres Mannes ein und hat ihm je nach seiner Lebensstellung und innert ihrem Kreise im Erwerbe des Familienunterhaltes und in der Leitung des Hauswesens beizustehen.

[1]) Es entspricht dies der uralten Auffassung der deutschen Völker, welche in der Ehe eine innige Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau, gleichsam eine, alle Lebensverhältnisse umfassende Genossenschaft erkannten (s. *Tacitus* Germania cap. 18: „Mulier admonetur, venisse se *laborum periculorumque sociam*" und cap. 19: „Unum accipiunt mulieres maritum, quo-*modo unum corpus unamque vitam*"). Durch diese Genossenschaft wird die Frau Theilhaberin der sozialen Lebensstellung und aller Privatrechte des Mannes, und ist jeder Begriff von Mißheirath prinzipiell ausgeschlossen.

²) Ein solcher obrigkeitlicher Schutz wird für die Frau z. B. nöthig werden, wenn ein unverständiger Mann, welcher etwa nach Amerika oder Australien auszuwandern gedenkt, seiner Frau zumuthet, ihm dahin zu folgen, ungeachtet ihre Gesundheit einer solchen Reise offenbar nicht gewachsen ist, oder sie im Vaterland ihren ausreichenden Erwerb hat, während sie in jenen fremden Welttheilen einer sehr ungewissen Zukunft entgegenginge. Es wäre nicht einzusehen, warum der obrigkeitliche Schutz nicht eben so gerechtfertigt sein sollte in Fällen, in welchen der Mann seine eheliche Vormundschaft mißbraucht, wie in solchen, in welchen er seine väterliche Gewalt und Vormundschaft mißbraucht (§ 65).

§ 38.

Der Mann ist das Haupt der Familie.

Der Mann wird durch die Ehe das Haupt der Familie. ¹) Er hat die Frau in seine Wohnung aufzunehmen, ihr Schutz und eine seinem Stande und dem Vermögen der beiden Ehegatten entsprechende Versorgung zu gewähren, wogegen er in den Genuß des Frauenvermögens eintritt und der gesammten Hauswirthschaft vorsteht.

Er ist überdies der eheliche Vormund der Frau und vertritt sie als solcher in ihren rechtlichen Angelegenheiten gegen Dritte. Er verwaltet das gemeinschaftliche Vermögen der beiden Ehegatten (mit Vorbehalt des Sondergutes der Frau) mit vollständiger Dispositionsbefugniß, haftet jedoch der Frau für den zugebrachten Stammbetrag, mit Vorbehalt ihrer Mitleidenschaft am gemeinschaftlichen Rückschlag (§ 41). ²)

¹) Des Mannes Wille gibt daher in Sachen der ehelichen Gemeinschaft den Ausschlag. Vgl. Preuß. L. R. II. 1 § 184 und österr. Ges. § 91.

²) Diese eheliche Vormundschaft des Mannes über seine Frau und sein ausgedehntes Verwaltungs- und Verfügungsrecht über ihr eheliches Vermögen gründen sich auf das deutsche Recht. Nach diesem nämlich standen sowohl Frau als Kinder in der *Munt* oder in dem Mundium des Gatten und Vaters. Vermöge dieses Mundiums hatte der Familienvater theils ein Schirmrecht bez. eine Schirmpflicht über die Person von Frau und Kindern, theils ein Verwaltungs-, Nutzungs- und, freilich auf die fahrende Habe beschränktes, Verfügungsrecht an dem Vermögen derselben (Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. § 369). Vermöge dieses Mundiums nahm somit der Ehemann das Vermögen seiner Frau in seine Gewere (seinen rechtlichen Besitz) und verwaltete es mit selbständigem Rechte. Der Schwabenspiegel (Art. 263) drückt dieses kurz mit den Worten aus: „Das ist davon gesezet, das der man seynes weybs vogt und meyster ist." Vermöge dieser ehelichen Vormundschaft ruht gleichsam während der Ehe das Eigenthumsrecht der Frau und wacht erst durch die (in Folge Todes oder Scheidung eintretende) Gütertrennung wieder auf. Obwohl nun, wie bemerkt, nach altdeutschem Recht das Veräußerungsrecht des Mannes mit Bezug auf das Vermögen der Frau sich auf deren Fahrhab beschränkte, während zur Veräußerung ihrer Liegenschaften ihre Zustimmung erforderlich war, so macht unser Recht hierin schon längst keinen Unterschied mehr. Dagegen näherte sich unser älteres Recht auch hierin mehr der altdeutschen Anschauung, indem mehrere unserer Statuten (z. B. Oberbunds Statuten und Obervazer L. B.) das Dispositionsrecht des Mannes über das Vermögen der Frau in dem Sinne beschränken, daß er, so lange keine Kinder da waren, die Liegenschaften seiner Frau „nit verrucken" durfte ohne ihrer und ihrer „nächsten Freünde" Zustimmung. (Dieser Bestimmung liegt die, auch bei Vertheilung des Vor- und Rückschlags (s. Note 1 zu § 41) auftretende Idee zu Grunde, daß erst durch Erzeugung von Kindern die Ehegatten in ein innigeres vermögensrechtliches Verhält-

niß treten und erst dadurch die Liegenschaften, an welchen sonst die nächsten Erben („Freünde") nach altdeutscher Anschauung ein Mitverfügungsrecht behielten, der Einwirkung der letzteren entzogen wurden) Eine Ausnahme von unserm Statutarrecht scheint freilich das Churer St. R. (von 1631) zu machen, welches allerdings auf die Idee der Gütergemeinschaft hinwies. Darnach hatte nämlich der die Frau überlebende Mann die Wahl, „die zwei theil oder aber sein zugebracht guet dannen zu nemmen, welches er will, und so er die zwen theil nimbt soll er zuvorderst von seinem zugebrachten guet nemmen so weit es sich erstrecken mag". Das Nämliche galt für die überlebende Frau hinsichtlich des ihr zukommenden 1/3. Doch soll, was der eine oder andere Ehegatte mehr, als er zugebracht, erhält, nach seinem Tod wieder an die Erben des andern zurückfallen. Vollends unzweifelhaft galt, was wenigstens Liegenschaften betrifft, die Zweiung des Männer- und Weibergutes in der vorstatutlichen Zeit Aus einer Menge Urkunden des 13. und 14. Jahrh. läßt sich nämlich mit Sicherheit schließen, daß damals der Mann nicht ohne Zustimmung der Frau liegendes Gut der letzteren veräußern, ja daß die Frau sogar selbständig über solches verfügen konnte. Nur mußte sie freilich zu solchem Zwecke von einem Vogte vertreten sein, da Eigenthumsübertragungen an liegendem Gut vor dem Richter zu geschehen hatten, Weiber aber nicht vor dem Gericht erscheinen durften, sondern sich vor demselben vertreten lassen mußten. In der Regel waren nun freilich die Frauen, wenn sie ihnen gehöriges liegendes Gut veräußerten, von ihren Männern vertreten, mitunter erscheinen aber auch Söhne oder andere Verwandte als hiezu bestellte oder von ihr erwählte Vögte.

Bemerkt mag hier noch werden, daß die Fassung in obigem §: „er verwaltet das gemeinschaftliche Vermögen der beiden Ehegatten mit vollständiger Dispositionsbefugniß" nicht die ursprüngliche ist, vielmehr letztere ausdrücklich dahin lautete, daß der Mann „in seiner Eigenschaft als ehlicher Vormund das Frauenvermögen verwalte, und zwar so, daß er es auch gültig verpfänden und veräußern" könne u. s. w. Da aber die Mehrheit in den beiden Kommissionen von der traditionellen Ansicht, daß bei uns allgemeine Gütergemeinschaft gelte, sich nicht trennen wollte, vereinigte man sich endlich über obige Fassung, welche keinen von beiden Standpunkten ausschließt, dafür aber den einzig richtigen Begriff von unserm ehelichen Güterrecht verwischt und der Redaktion die wünschbare Präzision benimmt

Daß bei uns von einer allgemeinen Gütergemeinschaft keine Rede sein kann, geht unzweifelhaft daraus hervor, daß (was ja schon nach unserem früheren Recht galt) bei einer Auflösung der Ehe (durch Scheidung oder Tod) sowie bei Stählungen jeder Ehegatte (beziehungsweise dessen Erben) nicht einen ideellen Antheil an dem sämmtlichen ehelichen Vermögen, sondern das von ihm Zugebrachte erhält.

Soll unser eheliches Güterrecht klassifizirt werden, so ist es zum System der Güterverbindung zu rechnen, dessen bezeichnendes Merkmal darin besteht, daß das Vermögen der beiden Ehegatten innerlich unterschieden („gezweit") bleibt, äußerlich aber vermöge der Verwaltungsrechte des Mannes als Einheit („ungezweit") erscheint (Bluntschli, deutsches Privatrecht § 153). Diesem System wohnt zwar ursprünglich der Grundsatz inne, es solle Frauengut „weder schwinden noch wachsen" und es solle daher die Frau für die ehelichen Schulden nicht haften, also auch ihr Vermögen nicht in die Konkursmasse des Mannes fallen, wogegen auch umgekehrt der sämmtliche Vorschlag dem Mann gehört (Bluntschli d. P. R. l. c.), während bei uns umgekehrt eine Vor- und Rückschlagsgemeinschaft und eine gemeinsame Haftbarkeit für eheliche Schulden besteht. Indeß traten ähnliche Modifikationen der Güterverbindung auch anderswo auf. Namentlich entwickelte sich schon früh die gemeinsame Pflicht der Ehegatten zur Schuldentilgung (Mittermaier d P. R. § 402), wenigstens so weit die fahrende Habe reichte. Auch schloß sich mitunter an das System der Güterverbindung eine Errungenschaftsgemeinschaft an. Thatsache ist ferner, daß auch in der übrigen Schweiz, so weit alemannisches Volksrecht galt, ursprünglich das System der Güterverbindung, wenn auch mit verschiedenen Modifikationen vorherrschte (vgl. Blumer Staats- und Rechtsgesch d. schweizer. Demokratieen I. S. 178 und Orelli „das ehel. Güterrecht in der östl. Schweiz"

in der Z. S. für schweizer. Recht III. u. IV. Band). Nach dem Berner Ges. Art. 88 wird der Mann förmlich Eigenthümer des Frauenvermögens („das zugebrachte Vermögen der Frau geht auf den Mann über, der ihr für den Werth verpflichtet wird, welcher nach Abzug der Schulden übrig bleibt"). Ebenso nach dem Aarg. Ges. § 53 („das Vermögen der Frau wird Eigenthum des Mannes, für dessen Stammbetrag er der Frau zu haften hat").

§ 39.

Sondergut der Frau.

Nur an ihrem Sondergut behält die Frau ein ausschließliches Nutznießungs- und Verfügungsrecht. In dieses Sondergut gehören:

a. Ihre Kleidungsstücke und Schmuckgegenstände nebst sonstigen ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauche bestimmten Fahrnissen. [1])

b. Ihr bei Eingehung der Ehe zu ihrer persönlichen Benutzung und Verfügung durch Vertrag vorbehaltenes Gut. [2])

c. Geschenke, die ihr während der Ehe von Dritten ausdrücklich zu ihrem persönlichen Gebrauche gemacht wurden. [3])

[1]) Nach unserm früheren Gesetz über „die Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten" (§ 6) erstreckte sich das Sondergut blos auf die oben sub. a aufgeführten Gegenstände. Diese erste Kategorie des weiblichen Sondergutes entspricht der altdeutschen (zunächst sächsischen) Gerade, welche in den ihrer Natur nach zum weiblichen Gebrauche bestimmten Fahrnissen bestand, die von der Frau nach Auflösung der Ehe, gleichviel ob sie dieselben zugebracht hatte oder nicht, beansprucht werden konnten.

[2]) Zufolge der Bestimmung sub. b ist der Frau gestattet, sich mittelst Ehevertrages das Verwaltungs- und Verfügungsrecht auch noch über andere Gegenstände als über die laut a und c von Rechtswegen der ehelichen Vormundschaft enthobenen, vorzubehalten, z. B. über ein Kapital, worüber sie frei zu verfügen wünscht. Obwohl ausgedehnte Vorbehalte dieser Art nicht zu empfehlen sind, da solche die eheliche Oekonomie gefährden könnten, so dürfte doch der Ausschluß solcher Abkommnisse der persönlichen Freiheit der Ehegatten zu nahe treten. Eine Beruhigung mag darin liegen, daß derlei Eheverträge überhaupt selten vorkommen werden. Uebrigens wären sie nach unserm früheren Ges. über die „Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten" wohl auch zulässig gewesen. Diese von der Frau vorbehaltenen Vermögensgegenstände waren sowohl dem röm. R. unter dem Namen bona receptitia als dem deutschen R. unter dem Namen Spillgüter bekannt. Vgl. auch Luzerner Ges. § 48 und Zürcher Ges § 144.

[3]) Die Abtheilung c entspricht dem (freilich der väterlichen Vormundschaft unterworfenen) „geschenkten Sondergut" der Kinder (§ 64). Der Entwurf hatte in diese lit. c auch die Geschenke des Mannes und das von ihm ausgesetzte Nadelgeld mit einbegriffen Allein die zweite Kommission fand es bedenklich, dem weiblichen Sondergut diese Ausdehnung zu geben. Selbstverständlich gehören Geschenke des Mannes, welche in die Abtheilung lit. a fallen, ohnehin in das Sondergut der Frau.

Anmerk. Was das Verhältniß zu Dritten betrifft, so spricht die Vermuthung immerhin dafür, daß der Mann über das gesammte eheliche Vermögen gültig verfügen könne, so weit es sich wenigstens nicht um Gegenstände handelt, die schon ihrer Natur nach als zum weiblichen Gebrauche bestimmt erscheinen; daher der Frau, wenn der Mann über anderweitige Gegenstände ihres Sondergutes unberechtigter Weise verfügte, gegenüber dem gutgläubigen Dritten eine Rückforderungsklage nicht zustehen kann, wohl aber erhielte sie dadurch eine Schadensklage gegenüber dem Ehemann. Für eheliche Schulden haftet übrigens auch das Sondergut nach Maßgabe des § 40.

§ 40.
Haftung für Schulden.

Für die von einem Ehegatten vor der Ehe gemachten Schulden und übernommenen vermögensrechtlichen Verpflichtungen haftet derselbe allein mit seinem Vermögen. Für die während der Ehe gemachten Schulden und übernommenen Verpflichtungen dagegen haften beide Ehegatten solidarisch, [1]) so jedoch, daß die Frau im Konkurse des Mannes für den vierten Theil ihres Vermögens (ohne Rücksicht darauf, ob es eheliches Vermögen oder Sondergut ist) eine Forderung mit Vorzugsrecht hat (§ 156). [2])

Nur für die Ersatzpflicht eines Ehegatten aus Schädigung (§§ 470 bis 472) haftet der unschuldige Theil nicht. Eben so wenig haftet die Frau für Schulden, die der Mann zum Zwecke des Trinkens, Spielens, Wettens und geschlechtlicher Ausschweifungen einging. Auch kann die Frau für Bürgschaften des Mannes nur dann in Anspruch genommen werden, wenn sie sich mit Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde mit verbürgt hat. [3])

[1]) Die solidarische Haftung der Ehegatten für die ehelichen Schulden ist altes bündnerisches Recht (vgl. bes. Stat. von Chur, Klosters, Davos, V Dörfer, Oberengadin, Bergell).

[2]) Bekanntlich haftete die Frau früher im Konkurse des Mannes mit ihrem ganzen Vermögen für die ehelichen Schulden. Man fand es aber der Billigkeit durchaus angemessen, der Frau gegenüber dem ausgedehnten Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Mannes wenigstens so weit Schutz zu gewähren, daß sie, die oft an dem Ruin des Mannes nicht die mindeste Schuld trägt, nicht dessen schlechte Wirthschaft derart zu entgelten habe, daß sie, etwa noch mit Kindern, auf die Gasse gestellt werde. Unser schon altes Institut der Stählung (§ 45) vermag diesen Schutz keineswegs zu ersetzen, indem dieselbe eine so außerordentliche und odiöse Maßregel ist, daß sie ihrer Natur nach erst eintreten kann nachdem die Ehe innerlich schon aufgelöst ist, jedenfalls die Zerrüttung derselben nothwendig zur Folge hat, weßhalb sie auch regelmäßig gerade von denjenigen Frauen, die des Schutzes am meisten bedürfen und ihn am meisten verdienen, nämlich von den hingebenden und resignirenden Leidensträgerinnen, am wenigsten provozirt wird. Auch erfolgt meist die Stählung erst nachdem so zu sagen Alles verloren ist Gewiß ist übrigens daß überall die Frauen mehr Schutz genießen, als dieses nach unserm früheren ehelichen Güterrechte der Fall war, und daß dieselben bei uns gegenüber dem Mann gar häufig als eigentlich rechtlos erschienen. Die erste Kommission hatte diese priviligirte Forderung der Frau auf $1/3$ gestellt; die zweite Kommission setzte sie aber auf $1/4$ herab.. Bemerkenswerth ist, daß nach den Poschiaver St. (welche dem römischen Dotalsystem folgen) die Frau im Konkurse des Mannes eine priviligirte Forderung auf Rückgabe ihrer dos hatte, ausgenommen wenn sie sich solidarisch mit ihm verpflichtet hatte (cap. 57).

[3]) Das Landb. der V Dörfer drückt dieses plastisch so aus, es solle kein Ehegatte für das zu haften haben, was der andere „verspielte, verbürgte, verschlüge, verkneipte oder mit Hurerey und Ehebruch verbubte". Auch soll „der eine des andern Missethat nicht zu entgelten haben." Aehnlich andere Stat. Eben so zählt das Churer St. R (v. 1631) die Frau von der Haftbarkeit los für Das was der Mann „verhuoret, verkrieget, verspilt, verbürget oder verschlagen hatte". Wohl hauptsächlich diesem unserm alten Grundsatze zu lieb wurde obige Bestimmung in das Gesetz aufgenommen, ungeachtet die Erfahrung gelehrt hat, daß sie, so weit sie sich auf die für „Trinken, Spielen, Wetten und geschlechtliche Ausschweifungen" von dem Mann gemachten Schulden bezieht, praktisch werthlos ist, da dieselben nachträglich

kaum mehr zu ermitteln und auszuscheiden sind. Auch dürfte diese Bestimmung in Fällen, in welchen der Darlehner den unsittlichen Zweck der kontrahirten Schuld nicht kannte, überhaupt nicht in Anwendung kommen.

§ 41.

Vor- und Rückschlag.

Wenn (in Folge Absterbens des einen oder beider Ehegatten, Scheidung oder Stählung) eine Ausscheidung des ehelichen Vermögens (Gütertrennung) stattfindet, so erhält, mit Vorbehalt des allfälligen Vor- und Rückschlags, jeder Ehegatte oder dessen Rechtsnachfolger das von jenem in die Ehe gebrachte (zugebrachte) Vermögen. [1]) Der allfällig während der Ehe gemachte Vorschlag (Mehrung des ehelichen Vermögens) fällt zu zwei Drittheilen dem Manne und zu einem Drittheil der Frau zu. Nach demselben Verhältniß wird der etwa während der Ehe gemachte Rückschlag (Minderung des ehelichen Vermögens) zwischen den beiden Ehegatten vertheilt. [2]) Das während der Ehe dem einen oder andern Ehegatten durch Erbschaft oder Vermächtniß Angefallene wird nicht als Vorschlag, sondern als in die Ehe gebrachtes Vermögen des betreffenden Ehegatten behandelt [3]) Das Sondergut der Frau kommt, weil nicht zum ehelichen Vermögen gehörend, bei Berechnung des Vor- und Rückschlages nicht in Betracht; eben so wenig kommen hiebei in Betracht die zum persönlichen Gebrauche des Mannes bestimmten Gegenstände, wie dessen Kleidungsstücke, Waffen und dgl. [4])

[1] Die Frage, ob bei der Vermögenstrennung jeder Theil sein Zugebrachtes *in natura* zurückzunehmen oder nur Anspruch auf den entsprechenden Werth habe, ist auf dem Standpunkte unseres Statutarrechtes entschieden im ersteren Sinne zu bejahen, so jedoch daß das nicht mehr Vorhandene durch einen entsprechenden Werth zu ersetzen war. Ausdrücklich sagen dies die Erbsatzungeu des Zehngerichtenbunds und in den übrigen Statuten war es nicht anders verstanden, so jedoch, daß einzelne Statuten die Fahrhabe als gemeinschaftlich betrachteten und die Ausscheidung des Zugebrachten auf das liegende Gut beschränkten (s. Note 2) Jedoch war der Begriff des „liegenden Gutes" viel ausgedehnter. So schreibt das Klosterser L. B. vor: „Item, so ist beschlossen worden, wenn zwei Ehemenschen zusammenkommen und entwederes, weder das wäre, bar Gelt hätte, und das bar Gelt von seinem liegenden Gut herkäme, und es zu fällen käme, soll ihm wiederum für liegend Gut verechnet werden" und ferner: „Item ist beschlossen, so eins oder das ander Zinsen zum andern brechten, das und dasselbig mag einer oder eine widerumb davon nemmen für liegend gut." Aehnlich L. B der V Dörfer. Oberengadin rechnete zum liegenden Gut auch Forderungen und Schulden, Gold und Silber. — Auch dermalen ist übrigens bei uns die Volksansicht nicht ganz erloschen, daß der Erlös von zugebrachtem liegendem Gut als Surrogat des letzteren in dem Eigenthum desjenigen Gatten verbleibe, der das Gut zubrachte.

Unser Kantonsgesetz von 1845 über „Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten" sagte blos, „jeder Theil erhalte das von ihm zugebrachte Vermögen", allein in der Praxis verstand es sich wohl immer, daß man das Zugebrachte, so weit es in natura vorhanden, auch in natura erhielt, sich aber immerhin für dessen allfällige Werthvermehrung oder Werthverminderung zur Rechnung zu stehen hatte. Unzweifelhaft müßte auch nach dem gegenwärtigen Gesetz an der nämlichen Anschauung festgehalten werden, sobald man unserm ehelichen Güterrecht das System der Güterverbindung zu Grunde legt, während eine Ausscheidung in natura auf dem Standpunkt der

ehelichen Gütergemeinschaft allerdings weniger zu begründen ist. Vgl. Note 2 zu § 38.

²) Die Vertheilung des Vor- und Rückschlages zwischen Mann und Frau nach dem Verhältniß von $^2/_3$ und $^1/_3$ ist altes bündnerisches Statutarrecht. Vgl. Churer St. R., Landb. von Klosters, Stat. von Obertasna, Untertasna, Münsterthal Remüs, Obervaz, Oberhalbstein, Bergell und V Dörfer. Oberhalbstein und Obtasna knüpfen jedoch diese Vertheilungsweise an die Bedingung, daß die Eheleute „Jahr und Tag" mit einander gehaust, und zwar Obtasna mit dem Beifügen, daß im entgegengesetzten Falle jeder Ehegatte das Seinige zurücknehmen und der Verstorbene allen Rückschlag allein trage. Bergell verlangt zu obiger Vertheilungsweise, daß Kinder vorhanden seien, während in einer kinderlosen Ehe das Weibergut weder mehren noch schwinden soll (non deve patire ne commodo ne incommodo). Die V Dörfer und Obtasna endlich dehnten das nämliche Theilungsverhältniß auch auf die „Fahrhabe" aus. Letzteres wird indeß weniger auffallen, wenn man bedenkt, daß einestheils in der ältern Zeit die Fahrhabe gegenüber dem liegenden Gut eine viel untergeordnetere Rolle, als gegenwärtig, spielte und anderntheils das liegende Gut nach den nämlichen Statuten auch Kapitalien und das von liegendem Gut herrührende Geld umfaßte. Eine Ausnahme von obigem Vertheilungsgrundsatz machen die Oberengadiner St., welche zwar ursprünglich ähnlich denjenigen des Oberhalbsteins lauteten, später aber (Anno 1687) „um der Armuth vorzubeugen" dahin abgeändert wurden, daß die Frau weder am Vor- noch am Rückschlag Theil haben soll, unter der Bedingung jedoch, daß innert 8 Tagen nach der Verehelichung ein Inventar errichtet werde.

Diese Gemeinschaft des Vor- und Rückschlags bildet nebst der gemeinsamen Pflicht zur Zahlung der ehelichen Schulden die einzige Abweichung von dem System der Güterverbindung nach demjenigen der Gütergemeinschaft hin, und ist analog der in Deutschland vielfach vorkommenden Errungenschaftsgemeinschaft.

Es versteht sich von selbst, daß bei Berechnung des Vor- und Rückschlags der Mann mit denjenigen Schulden, für welche die Frau laut § 40 überhaupt nicht zu haften hat, vorweg ausschließlich zu belasten ist. Vgl. Oberhalbsteiner St. c. 47.

³) Der Vorschlag kann sich demnach nur ergeben: a) aus den Renten des ehelichen Vermögens, b) aus dem Erwerbe der Ehegatten und c) aus der Werthsteigerung von Vermögensbestandtheilen, z. B. von Liegenschaften, die an eine Eisenbahn zu liegen gekommen sind, oder von Werthpapieren, deren Kurs gestiegen ist. Schenkungen, welche als Remuneration geleisteter Dienste den Charakter eines Lohnes haben, sind freilich nicht als Zugebrachtes, sondern als Erwerb des betreffenden Ehegatten anzusehen und fallen als solche in den gemeinschaftlichen Vorschlag. — Die der Frau von Dritten gemachten Schenkungen sind (laut § 39) alsdann nicht als zugebrachtes Gut, sondern als Sondergut zu behandeln, wenn sie der ausschließlichen Verfügung der Frau unterstellt wurden. Schenkungen dagegen, welche weder in die erstere noch in die letztere Kategorie fallen, sind wohl unzweifelhaft als Zugebrachtes zu behandeln, obwohl sie von der zweiten Kommission an dieser Stelle gestrichen wurden.

⁴) Der Vorbehalt der zum persönlichen Gebrauche des Mannes bestimmten Gegenstände gibt dem Manne, beziehungsweise dessen Erben, ein gewisses Aequivalent gegenüber dem, der Frau eingeräumten Sondergut und entspricht einer inländischen Praxis und der Vorschrift einzelner Statuten.

§ 42.

Berechnung des Vor- und Rückschlags.

Demnach ist als Vorschlag alles dasjenige eheliche Vermögen anzusehen, welches nach Abzug des beiderseits Zugebrachten und der gemeinschaftlichen Schulden übrig bleibt, als Rückschlag dagegen der Betrag, um den das vorhandene reine eheliche Vermögen geringer ist, als das beiderseits Zugebrachte.

Bei Ausmittlung des Vor- und Rückschlages ist das zugebrachte Vermögen, so weit möglich, in demjenigen Werthe zu berechnen, den es hatte, als es in die Ehe gebracht wurde; während das gesammte vorhandene eheliche Vermögen nach dem Werthe, den es zur Zeit jener Ausmittlung hat, zu berechnen ist. [1]) Wenn und soweit das von den Ehegatten in die Ehe Gebrachte nicht mehr auszumitteln ist, ist das Vorhandene, d. h. das nicht als zugebracht Ermittelte gleich dem Vorschlag im Verhältniß von $^2/_3$ für den Mann und $^1/_3$ für die Frau zu vertheilen. [2])

[1]) Die Schätzung des Zugebrachten in demjenigen Werthe, den es zur Zeit hatte als es zugebracht wurde, hat zur Folge, daß z. B. der Betrag, um welchen der Werth eines zugebrachten Grundstückes während der Ehe gestiegen ist, als Vorschlag und derjenige, um welchen er gefallen ist, als Rückschlag zu gelten hat

[2]) Da bei uns bei Eingehung von Ehen meist keine Inventarien errichtet werden, hält es bei eintretender Gütertrennung oft schwer, das von jedem Gatten Zugebrachte zu ermitteln. Für solche Fälle muß für Theilung des Unausgemittelten eine Richtschnur an die Hand gegeben werden. Das Theilungsverhältniß von $^2/_3$ zu $^1/_3$ ist hier deßhalb das einzig Anwendbare, weil das nicht ausgemittelte Zugebrachte von dem Vorschlage nicht unterschieden werden kann. Das Davoser L. R. verpflichtete die Ehegatten zu Errichtung eines Inventariums, mit dem Beifügen, daß, wenn das Zugebrachte bei der Theilung nicht mehr ermittelt werden kann, zur Hälfte getheilt werden solle.

§ 43.

Gegenseitiger Rückgriff.

Hat ein Ehegatte vermöge seiner solidarischen Verpflichtung (§ 40) mehr Schulden übernehmen, beziehungsweise am Rückschlag mehr tragen müssen, als ihm laut § 41 obliegt, so bleibt ihm dafür der Rückgriff gegen den andern Ehegatten oder dessen Erben vorbehalten. [1])

[1]) Wenn z. B. bei eintretender Gütertrennung sich die Aktivität des gesammten ehelichen Vermögens auf Fr. 14,000, wovon Fr. 4000 dem Manne und Fr. 10,000 der Frau zukommen, die Passivität dagegen auf Fr. 9000 herausstellt, so hätte hieran (vorausgesetzt, daß es lauter eheliche Schulden sind) der Mann $^2/_3$, also Fr. 6000, die Frau dagegen $^1/_3$, also Fr. 3000 zu tragen. Da nun aber das Vermögen des Mannes nur Fr. 4000 beträgt, er also die auf ihn treffenden Schulden nur bis auf den nämlichen Betrag zu decken vermag, muß die Frau, vermöge der solidarischen Haftbarkeit der Ehegatten (§ 40), nebst den auf sie treffenden Schulden von Fr. 3000, auch noch die vom Ehemann ungedeckt gebliebene Schuld von Fr. 2000, somit im Ganzen die Passivität von Fr. 5000 übernehmen, wogegen sie für den Betrag der für ihren Mann bezahlten Fr. 2000 eine persönliche Forderung gegen letztern behält, der Art, daß dieser, wenn er in der Folge zu Vermögen kommen sollte, ihr jene Summe zu erstatten hat.

§ 44.

In wiefern die Frau sich und den Mann verpflichtet.

Die Frau kann, abgesehen von ihrem Verfügungsrechte über ihr Sondergut, so lange das Dispositionsrecht des Mannes über das eheliche Vermögen dauert, weder sich noch den Mann, ohne des letztern Zustimmung, gültig verpflichten. [1]) Nur mit Bezug auf die ge-

wöhnlichen Bedürfnisse der Haushaltung [2]) und auf einen von ihr mit Vorwissen des Mannes selbstständig betriebenen Erwerbszweig oder Beruf [3]) kann sie, so lange jener nicht in öffentlicher Bekanntmachung sich dagegen erklärt, rechtsgültig handeln und Verbindlichkeiten eingehen, die der Ehemann anzuerkennen schuldig ist.

Sollte jedoch durch das ungültige Rechtsgeschäft der Frau das eheliche Vermögen bereichert worden, oder eine demselben nachweisbar nützliche Verwendung erfolgt sein, so haften die Ehegatten bis auf den Belauf der Bereicherung oder der nützlichen Verwendung. [4])

[1]) Vermöge der dem Ehemann über die Ehefrau zustehenden ehelichen Vormundschaft ist die Handlungsfähigkeit der letzteren natürlich beschränkt, so daß sie nicht ohne ihres Mannes Zustimmung das eheliche Vermögen gültig verpflichten kann, woraus folgt, daß sie auch nach Auflösung der Ehe für die von ihr ohne Zustimmung des Mannes während der Ehe kontrahirten Schulden nicht belangt werden kann.

[2]) Die Frau nimmt in der Haushaltung so weit eine selbständige Stellung ein, daß ihr mit Bezug auf Haushaltungsbedürfnisse die Fähigkeit, gültige Verpflichtungen einzugehen, eingeräumt werden muß, es wäre denn, daß sie auch dieser beschränkten Handlungsfähigkeit sich unwürdig erwiese (§ 46). Das Preuß. L. R. II. § 521 dehnt diese Handlungsfähigkeit auch auf Nothfälle aus, in denen der Mann abwesend oder sonst gehindert ist.

[3]) Wenn eine Ehefrau mit Vorwissen ihres Mannes einen selbständigen Erwerb, z. B. einen Handel treibt, so darf vermuthet werden, er räume ihr auch die hiezu erforderliche Handlungsfähigkeit ein. Sollte dieß nicht in seiner Absicht liegen, so hat er solches, wenn er anders den Verpflichtungen, die seine Frau in jener Stellung eingehen könnte, sich entziehen will, öffentlich bekannt zu machen. — Wenn die Frau einen Beruf, z. B ein Handelsgeschäft, nicht selbständig, sondern mit dem Manne betreibt, so ist sie als dessen Gehilfin zu betrachten, und verpflichtet ihn nur in so weit als eine andere Person in der nämlichen Stellung ihn verpflichten würde (§ 389).

[4]) Von selbst versteht es sich immerhin, daß die Nichtanerkennung des von der Frau abgeschlossenen Rechtsgeschäftes ab Seiten des Mannes keine Bereicherung des ehelichen Vermögens zur Folge haben darf Wenn daher die Ehefrau z. B. ohne Zustimmung des Mannes eine Kuh ankauft, so ist zwar derselbe nicht verpflichtet, diesen Handel anzuerkennen, ist aber auch gehalten, die Kuh, wenn sie noch vorhanden ist, dem Verkäufer zu erstatten Sollte jedoch die Kuh z B durch einen Unfall zu Grunde gegangen oder von der Frau wieder verkauft und der Erlös von ihr nutzlos verschwendet oder verschenkt worden sein, so ist der Ehemann zu keinem Ersatz gehalten, da das eheliche Vermögen durch den Ankauf der Kuh in keiner Weise bereichert wurde. Anders stellte sich hinwieder das Verhältniß, wenn der Erlös ganz oder theilweise von der Frau auf dringende Haushaltungsbedürfnisse verwendet worden wäre, indem alsdann so weit als dies geschah eine für das eheliche Vermögen nützliche Verwendung erfolgte, wofür der Mann Ersatz zu leisten pflichtig ist; denn eine nützliche Verwendung schließt im Grunde auch eine indirekte Bereicherung in sich. (Ueber den Begriff Bereicherung vgl. besonders L. 25 § 11 D de hered. pet. (5. 3). Hier ist nämlich von den redlichen Besitzern einer Erbschaft gesagt, daß sie nur soweit gegenüber dem Eigenthümer haften sollen, als sie bereichert wurden. „Quemcunque igitur sumtum fecerint ex heredidate, si quid *dilapidaverint* vel *perdiderint*, dum re sua abuti putant, non praestabunt; nec si *donaverint* locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt.“)

Selbstverständlich kann aber der Mann einem von der Frau einseitig abgeschlossenen Rechtsgeschäfte seine Genehmigung auch sowohl nachträglich als still-

schweigend ertheilen und dadurch dasselbe auch für sich verbindlich machen. Wenn z. B. — um obiges Beispiel festzuhalten — der Mann die von der Frau einseitig gekaufte Kuh einige Zeit benutzt, oder für seine Oekonomie schlachtet, so ist daraus auf dessen Genehmigung des Handels zu schließen — vorausgesetzt wenigstens, daß er von den Vertragsbedingungen (also namentlich von dem stipulirten Kaufpreis) nicht falsch unterrichtet wurde.

Anmerk. Nach dem Oberengadiner St. durfte man bei Buße an verheirathete Frauen (mugliers trasatiras chi haun lur marits) keine Zahlung leisten, auch ihnen nichts abkaufen, widrigenfalls das Gekaufte zu erstatten war und das Bezahlte dem Fiskus verfiel. Nach dem Münsterth. St durfte man einer verheiratheten Frau, ohne Zustimmung des Mannes, bei Verlust der Forderung nichts kreditiren.

§ 45.

Sicherung des Weibergutes.

Wenn eine Gefährdung des Frauenvermögens durch die Verwaltung des Mannes zu besorgen steht, soll die Vormundschaftsbehörde dasselbe, sei es von sich aus, sei es auf Begehren der Frau oder ihrer Verwandten, ganz oder theilweise, der Verwaltung desselben entziehen (stählen). [1])

Die Stählung ist von der dieselbe verfügenden Vormundschaftsbehörde im Amtsblatte bekannt zu machen; gleichzeitig soll, behufs der damit zu verbindenden ehelichen Güterausscheidung, ein Rechnungsruf erlassen werden und ist bis zu erfolgter Ausscheidung ein Massakurator über das gesammte eheliche Vermögen zu bestellen.

Die Stählung wird für Dritte erst mit dem Zeitpunkte ihrer Bekanntmachung verbindlich.

Durch die Stählung wird dem Manne der Mitgenuß am Ertrage des Frauenvermögens nicht entzogen. Am allfälligen Vor- oder Rückschlag, den er von da an macht, hat die Frau keinen Antheil. Ebenso erlischt von da an die solidarische Haftbarkeit der Ehegatten für die von dem einen oder andern gemachten Schulden. [2])

[1]) Das Institut der Stählung ist bei uns schon alt. Vgl. unser ehemaliges Gesetz über Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten Art 7. und die unten angeführten Statuten.

[2]) Durch die Stählung wird die Frau mit ihrem Vermögen der ehelichen Vormundschaft des Mannes und allen ihren rechtlichen Folgen entzogen. Der Vormundschaftsbehörde bleibt es alsdann vorbehalten, wenn sie es nöthig findet, der Frau einen persönlichen Beistand zu geben (§ 105. 2). Geschieht dies nicht, so ist sie fortan vollkommen handlungsfähig. Die Stählung setzt nicht nothwendig eine getrennte Haushaltung voraus, wird sie aber in der Regel mit sich führen und deßhalb meist auch eine Auflösung der Ehe zur Folge haben.

Anmerk. Im Hinblick auf die sehr beschränkte Anwendbarkeit und die für das eheliche Leben immer nachtheilige Wirkung der Stählung hatte der ursprüngliche Entwurf, außer derselben, auch noch auf die Zulässigkeit einer Versicherung des Frauenvermögens in dem Sinne angetragen, daß, sei es durch eine vormundschaftliche Verfügung, sei es durch Ehevertrag der Mann zu einer theilweisen Sicherstellung desselben (jedoch nur bis auf die Hälfte seines Schatzungswerthes) angehalten werden könne, wie solches auch nach vielen anderen Zivilgesetzen zuläßig ist (vgl. österr. Ges. § 1245, berner Ges. § 102—105, solothurner Ges. § 195. zürcher Ges. § 151—157). Die kleinräthl. Kommission, obwohl geneigt, der Frau

möglichsten Schutz zu gewähren, befürchtete jedoch (nicht ohne Grund) hievon Komplikationen. In der That konnte hievon um so eher Umgang genommen werden, nachdem man sich entschlossen, der Frau für den vierten Theil ihres Vermögens im Konkurse des Mannes eine privilegirte Forderung zu geben.

Nach den Stat. von Klosters und Davos erfolgte die Stählung so, daß die Frau sich selbst einen Vogt bestellte, in der Kirche aber verkünden lassen mußte, „so Jemand mit ihrem Mann marktete, handlete und ihm ützet anhängte, wolle sie nit schuldig sein zu bezahlen." Nach den Stat. von Oberengadin und Münsterthal war einer Frau, im Falle die Stählung nöthig wurde, immer ein Vogt zu geben und den Verwandten bei Buße zur Pflicht gemacht, darum einzukommen.

§ 46.

Beschränkung der Dispositionsrechte der Frau.

Wenn die Frau durch ihre Handlungen das eheliche Vermögen gefährdet, kann sie auf Ansuchen des Mannes durch eine bekannt zu machende vormundschaftliche Verfügung auch in dem laut § 44 ihr mit Bezug auf die Haushaltung zustehenden Verfügungsrechte beschränkt werden. [1])

[1]) Die bloße Bekanntmachung des Mannes, daß er auch die von seiner Frau für Haushaltungsbedürfnisse eingegangenen Verpflichtungen nicht anerkennen werde, genügt demnach nicht; vielmehr kann die ihr zustehende (eingeschränkte) Handlungsfähigkeit nur durch die Vormundschaftsbehörde nach vorausgegangener Prüfung des Falles aufgehoben werden.

Anmerk. Die Oberengadiner Stat. verlangten auch in solchem Falle, daß der Frau ein Vogt bestellt werde.

§ 47.

Eheverträge.

Ueber ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse können Ehegatten sowohl als Brautleute, in so weit dadurch den Vorschriften der §§ 38, 40, 45 und 46 kein Abbruch geschieht, von den obigen abweichende Bestimmungen treffen. [1]) **Es darf jedoch in solchen Verträgen kein Theil dem andern unter irgend einem Titel mehr zusichern, als die Vorschriften über letztwillige Verfügungen zu vermachen erlauben, noch dürfen darin Verfügungen getroffen werden, wodurch die gesetzliche Erbfolge irgendwie abgeändert würde.** [2])

[1]) Eheverträge können sich demnach auf alle Gegenstände des ehelichen Güterrechtes beziehen. Nur die Grundsätze der ehelichen Vormundschaft (§ 38), der solidarischen Haftbarkeit gegenüber Dritten (§ 40) so wie die auf Erhaltung des ehelichen Vermögens abzielenden (§ 45 und 46) dürfen, weil im öffentlichen Interesse liegend, nicht eingebrochen werden. (Nach dem Wortlaute des, den nämlichen Gegenstand behandelnden Art. 1 unseres ehemaligen Gesetzes über Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten war dieser Vorbehalt nicht gemacht; doch dürfte derselbe wohl sich von selbst verstanden haben.)

Demnach stünde den Ehegatten z. B. frei, sich mit einander dahin zu vertragen, daß der Frau der Genuß ihres ganzen Vermögens bleiben und der Mann bei ihr zu Tisch gehen soll. Immerhin wäre Dritten nicht zuzumuthen, von solchen Privatabkommmissen Notiz zu nehmen und würden daher solche auch in diesem Falle mit dem Mann, als Haupt der Familie (§ 38), in einer auch für die Frau verbindlichen Weise Verträge schließen können. Gewöhnlicher und auch von mehr

praktischer Bedeutung werden daher Ehepakten über den Vor- und Rückschlag abgeschlossen werden, z. B. so daß derselbe ausschließlich auf Rechnung des Mannes kommen soll.

[2]) Dieses Lemma ist unserm alten Gesetz über „Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten" enthoben. Es wäre aber dasselbe (wie in einer Note des Originalmanuskriptes sich angedeutet findet) weit besser weggeblieben, indem Vermächtnisse auf den Todesfall, die ein Ehegatte dem andern mittelst Vertrages zuwendet, Gegenstand des Erbvertrages (§§ 516 und 517) nicht eines Ehevertrages sind, letzterer sich vielmehr blos auf das eheliche Güterrecht beziehen kann.

§ 48.

Erfordernisse zu deren Gültigkeit.

Zur Gültigkeit eines Ehevertrages ist erforderlich, daß derselbe von beiden Vertrag-Schließenden und zwei vollgültigen Zeugen so wie von dem gesetzlichen Vertreter des weiblichen Theiles unterzeichnet sei. [1])

Während der Ehe kann die Ehefrau nur mit Zustimmung eines außerordentlichen Vormundes durch Eheverträge oder irgend welche Rechtsgeschäfte sich ihrem Mann gegenüber gültig verpflichten oder ihm Rechte abtreten. Vorbehalten sind hiebei kleinere, der Sitte angemessene Schenkungen. [2])

[1]) Der gesetzliche Vertreter der Braut, dessen Zustimmung zu den vor der Ehe einzugehenden Ehepakten gefordert wird, ist ihr Vater (wenn sie noch minderjährig ist) oder ihr obrigkeitlicher Vormund. Hat sie weder jenen noch diesen, so genügen die zwei Zeugen

[2]) Das röm. R. verbietet alle Schenkungen zwischen Ehegatten. Die deutschen Partikularrechte lassen dagegen dieselben in der Regel zu. Unser ehemal. Gesetz über Verm. zw. E. (Art. 11) gestattete dieselben unbedingt für Fahrnisse, „insofern sie von Hand in Hand übergehen." In dieser Klausel lag aber keine Gewähr gegen möglichen Mißbrauch, da es unschwer hält, ein ganzes Vermögen sei es in baarem Geld sei es in Werthpapieren „von Hand in Hand" überzutragen.

Nach der Bestimmung in obigem Art. sind nun der Frau ohne Rechtsbeistand blos kleinere Geschenke, wie solche der Sitte und dem Vermögensstand der Ehegatten angemessen sind, an den Mann gestattet. Im Uebrigen kommen aber gegen übermäßige, d. h. die Gläubiger oder die Notherben schädigende Schenkungen sei es des Mannes an die Frau, sei es der (wenn auch außerordentlich verbeiständeten) Frau an den Mann die Bestimmungen der §§ 370 ff in Anwendung.

IV. Trennung der Ehe.

§ 49.

Arten derselben.

Die Ehe kann ganz oder theilweise getrennt werden. Sie wird ganz (vom Bande) getrennt:

a. durch die Scheidung wegen Ungültigkeit der Ehe.

b. bei den Protestanten durch Scheidung aus andern gesetzlichen Gründen; [1])
c. durch den Tod.

Sie kann theilweise (zeitlich) getrennt werden: durch die Scheidung von Tisch und Bett. [2])

[1]) Da die Ehe bei den Katholiken ein Sakrament ist, so gilt dieselbe bei ihnen als unauflöslich, so daß eine Scheidung vom Bande nicht statthaft ist — mit einziger Ausnahme des Falles einer ungültigen Ehe, in welchem letztern sie als rechtlich gar nicht bestehend angesehen wird.

Anders dagegen bei den Protestanten, bei welchen die Ehe den Charakter eines zwar durch die Kirche geweihten und durch die Sittlichkeit geedelten, immerhin aber unter gewissen Voraussetzungen wieder auflöslichen Vertrages hat.

[2]) Die blos theilweise oder zeitliche Scheidung (von Tisch und Bett — a mensa et thoro) ist auch bei den Katholiken zuläßig.

§ 50.

Trennung einer ungültigen Ehe.

Beruht die Ehescheidung auf der Ungültigkeit der Ehe, so ist letzterer von Anfang an keine rechtliche Wirkung beizumessen, so jedoch, daß die in einer solchen ungültigen Ehe erzeugten Kinder als ehelich zu behandeln sind, wenn auch nur einer der Ehegatten in gutem Glauben stand. [1]) Dagegen sind anfänglich nichtige Ehen, die, weil inzwischen das Ehehinderniß gehoben worden, nachträglich als gültig erklärt wurden, als vom Zeitpunkte der Trauung an gültig zu betrachten. [2])

[1]) Diese Ausnahme ist nicht eben strengrechtlich, wohl aber aus Gründen der Billigkeit und im Interesse der Kinder zu vertheidigen. Wenn z. B. Einer seine Nichte heirathete und auch nur eines der Ehegatten den Verwandtschaftsgrad oder das bestehende gesetzliche Ehehinderniß nicht kannte, wird dessen guter Glaube den aus dieser Ehe entsprossenen Kindern solchergestalt angerechnet, daß dieselben als ehelich zu gelten haben, wenn auch die Ehe als ungültig erklärt werden muß. Vgl. luzerner Ges. § 52.

[2]) Wenn z. B. im Fall einer Bigamie die erste (also rechtmäßige) Gattin stirbt, bevor die zweite Ehe aufgelöst wurde, so wird letztere durch Wegfallen jenes Ehehindernisses gültig, und zwar von dem Zeitpunkt an gerechnet, in welchem sie eingegangen wurde.

§ 51.

Trennung einer gültigen Ehe.

Die (nur bei Protestanten zuläßige) Ehescheidung aus andern Gründen sowohl als der Tod eines Ehegatten löst das Band der Ehe und hebt die aus derselben entstandenen persönlichen sowohl als vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten auf.

Geschiedene Frauen jedoch sowohl als Wittwen behalten das Bürgerrecht des Mannes, letztere auch dessen Geschlechtsnamen bei. [1])

Wittwer und Wittwen sowohl als geschiedene Männer und Frauen können eine neue Ehe eingehen, aber nicht vor Ablauf eines Jahres nach Auflösung der ersten. [2])

[1]) Durch die Scheidung vom Bande tritt die Frau wieder aus der Familie ihres Gatten heraus, daher sie zur Fortführung seines Familiennamens im Grunde keine Berechtigung mehr hat.

[2]) Diese Frist entspricht derjenigen in Art. 10 unseres ehemaligen evangelischen Ehegesetzes. Die meisten anderen Gesetze begnügen sich mit einer zehnmonatlichen Frist, die mit Rücksicht auf die nachgebornen Kinder auch wirklich ausreichen würde. Dieses sog. Trauungsjahr ist jedoch blos ein (die Eingehung der Ehe) aufschiebendes, kein (die vor Ablauf desselben allfällig eingegangene Ehe) auflösendes Ehehinderniß.

§ 52.

Scheidung von Tisch und Bett.

Die Scheidung von Tisch und Bett löst das Band der Ehe nicht, sistirt aber die Gemeinschaft des ehelichen Lebens. Den Ehegerichten bleibt es anheimgestellt, je nach Umständen, besonders mit Rücksicht auf die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit einer Wiedervereinigung der Ehegatten, entweder die Güterverbindung, mit Vorbehalt der zur Sicherung des Frauenvermögens allfällig nöthig werdenden Maßregeln, einstweilen fortdauern zu lassen oder aber sofort die Gütertrennung zu beschließen. [1])

[1]) Da die Scheidung von Tisch und Bett bei den Protestanten immer nur eine provisorische und zeitliche Maßregel ist, die entweder zur Wiedervereinigung der Ehegatten oder zur gänzlichen Auflösung der Ehe führt, so wird in Verbindung mit derselben in der Regel wohl keine Gütertrennung zu erkennen sein. Häufiger wird diese bei den Katholiken am Platze sein, da bei denselben die zeitliche Scheidung oft die Stelle einer definitiven Scheidung vertreten muß.

§ 53.

Entschädigung des Unschuldigen.

In Folge einer Ehescheidung, mit welcher eine definitive Vermögensauseinandersetzung verbunden ist, kann ein unschuldiger Ehegatte nicht nur die erhaltenen Hochzeitsgeschenke behalten, sondern auch von dem Schuldigen die ihm gegebenen und überdies eine Entschädigung verlangen, [1]) die nach Maßgabe der erlittenen Unbill und der Vermögensumstände der geschiedenen Ehegatten zu bemessen ist, und sowohl in einer Aversalsumme als in periodischen Leistungen bestehen kann. [2])

Die Pflicht zu letzteren geht nur dann auf die Erben des Schuldigen über, wenn sie nicht ausschließlich auf dessen persönlichen Erwerb begründet wurde. [3])

[1]) Diese Entschädigungsklage des Unschuldigen ist daher nur in Fällen statthaft, in welchen eine Wiedervereinigung der Ehe nicht mehr anzunehmen ist, somit a) bei den Protestanten in Folge einer definitiven Scheidung und b) bei den Katholiken in Folge einer mit Gütertrennung verbundenen Scheidung von Tisch und Bett. Ueber diese Klage wird laut § 56 nicht das Konsistorialgericht, sondern der ordentliche Richter zu erkennen haben.

[2]) Den Betrag der Entschädigung festzusetzen, bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen. Das zürcher Ges. (§ 216 und 217) fixirt das Maximum derselben auf $1/4$ des Vermögens und $1/4$ beziehungsweise $1/3$ des Einkommens.

[3]) Bestand die von dem Schuldigen an den Unschuldigen zu leistende Entschädigung ausschließlich in einer Quote seines Erwerbes, so haftet sie so sehr an seiner Person, daß sie billig mit seinem Tode erlischt. In Fällen, in welchen die Entschädigungspflicht auf die Erben überzugehen hat, bleibt letzteren natürlich vorbehalten, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen.

§ 54.

Zuständigkeit in Ehescheidungssachen.

In Ehescheidungssachen haben die heimathlichen Ehegerichte derjenigen Konfession, in welcher die Ehe getraut wurde, unweiterzüglich zu erkennen, [1]) jedoch wenn es sich nicht um ungültige Ehen handelt, nur nach erfolglos gebliebenen Aussögnungsversuchen der betreffenden Pfarr- und Vermittlungsämter.

Gegen gesetzlich ungültige Ehen dagegen ist von dem zuständigen Ehegerichte von Amtswegen zu verfahren und zu diesem Zwecke von dessen Präsidenten eine Voruntersuchung einzuleiten. [2])

In Fällen, in welchen in Folge Uebertritts zur andern Konfession obige Bestimmung über den Gerichtsstand nicht ausreichen sollte, hat der Kleine Rath denselben anzuweisen. [3])

Den Ehegerichten hat bei Beurtheilung der Ehescheidungsgründe, abgesehen von dem § 30 dieses Gesetzes, das Eherecht ihrer Konfession als Norm zu dienen. [4])

Dieselben Behörden oder deren Vorstände haben bis Austrag einer anhängigen Ehescheidungsache bezüglich der persönlichen und ökonomischen Verhältnisse der Ehegatten das Angemessene provisorisch vorzukehren.

[1]) Die zuständigen Ehegerichte für reformirt getraute Ehen sind somit die ref. Konsistorialgerichte (die konfessionell legitimirten Bezirksgerichte mit Zuzug des Ortsgeistlichen) desjenigen Bezirkes, in welchem sie heimathberechtigt sind. Durch das Bundesgesetz vom 3. Febr. 1862 erleidet indeß obige Bestimmung in so weit eine Abänderung, als für Scheidung paritätischer (gemischter) Ehen, selbst wenn sie katholisch getraut wurden, die bürgerlichen Gerichte und, wenn solche sich in dem betreffenden Kanton nicht vorfinden, das Bundesgericht als allein zuständig erklärt worden sind. Es wird dieses Gesetz wohl zur Folge haben, daß auch die Scheidung rein katholischer Ehen, wenn anders die paritätischen ihnen gegenüber nicht bevorzugt werden sollen, den bürgerlichen Gerichten in nicht langer Zeit wird übertragen werden müssen. Bei der Wichtigkeit des erwähnten Bundesgesetzes für das Eherecht setzen wir es seinem Wortlaut nach her:

„Art. 1. Die Klage auf Scheidung einer gemischten Ehe gehört vor den bürgerlichen Richter. — Als zuständig sind jene kantonalen Gerichte erklärt, deren Jurisdiktion in Statusfragen der Ehemann unterworfen ist.

Art. 2. Wenn Eheleute verschiedener Konfession unter einer von Art. 1 abweichenden Gerichtsbarkeit, oder unter einer die gänzliche Ehescheidung ausschließenden Gesetzgebung stehen, so ist die Klage beim Bundesgericht anzuheben.

Art. 3. Das Bundesgericht urtheilt über die Frage der Ehescheidung nach bestem Ermessen. — Dasselbe wird in allen Fällen die gänzliche Scheidung aussprechen, in welchen es sich aus den Verhältnissen ergibt, daß ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist.

Art. 4. In Beziehung auf die weiteren Folgen der Ehescheidung (Erziehung und Unterhalt der Kinder, Vermögens- und Entschädigungsfragen u. dgl.) ist das Gesetz desjenigen Kantons anzuwenden, dessen Gerichtsbarkeit der Ehemann unter-

worfen ist. — Zur Erledigung dieser Fragen kann jedoch das Bundesgericht, auf den Antrag einer Partei oder von Amts wegen, den Streitfall an den zuständigen kantonalen Richter überweisen.

Art. 5. Es bleibt der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten, dem katholischen Ehegatten aus dem Grunde des Lebens des geschiedenen andern Ehegatten die Wiederverehelichung zu untersagen.

Art. 6. Die Bestimmungen der vorausgehenden Artikel finden analoge Anwendung auf Ehen von Protestanten, wenn hinsichtlich der Gerichtsbarkeit oder Gesetzgebung, welcher der Ehemann unterworfen ist, die Voraussetzung des Art. 2 zutrifft.

Art. 7. Ueber die Einleitung, die Instruktion und das Verfahren im Scheidungsprozesse wird das Bundesgericht die erforderlichen Bestimmungen erlassen. — Dasselbe ist befugt, die Oeffentlichkeit der Verhandlungen (Art. 79 des Gesetzes über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. Nov 1850, II. 77) in geeigneter Weise zu beschränken."

Wenn übrigens eine paritätische Ehe durch ein bürgerliches Ehegericht vom Bande geschieden, so mag der katholische Theil immerhin nach seinem Dogma das eheliche Band als fortdauernd betrachten und sich demnach die Wiederverheirathung versagen.

[2]) Handelt es sich um ungültige Ehen, so besteht zugleich ein öffentliches Interesse an deren Nichtanerkennung, daher Vermittlungen meist nicht am Platze wären, ja sogar oft ein amtliches Einschreiten gerechtfertigt ist. Als ungültige Ehen sind diejenigen zu betrachten, welchen die in § 21 Ziff. 1—3 aufgeführten Hindernisse entgegenstehen und ferner solche, die nicht gesetzlich getraut wurden.

[3]) Von der Voraussetzung ausgehend, daß paritätische Ehen durchgängig reformirt getraut würden und daher ihre Scheidung ohnehin den bürgerlichen (reformirten) Ehegerichten anheimfallen werde, bezweckte obige Bestimmung, die nämliche Wohlthat auch den, erst nach Eingehung der Ehe durch Konversion paritätisch oder ganz reformirt gewordenen Ehen zu Theil werden zu lassen. Es hat aber diese Bestimmung in Folge des oben erwähnten Bundesgesetzes vom 3. Febr. 1862 seine praktische Bedeutung größtentheils verloren.

[4]) Die Vollständigkeit des Privatrechtes erheischte auch die Aufnahme der Ehescheidungsgründe sowohl für die protestantische als für die katholische Konfession. In der That sind dieselben auch in andern schweizerischen Zivilgesetzen (außer dem luzerner) enthalten. Gründe der Politik (um nicht den Widerstand der kathol. Geistlichkeit gegen die Annahme des Gesetzbuches aufzuregen) bewogen indeß sowohl den Redaktor als die Kommissionen, von den Ehescheidungsgründen Umgang zu nehmen. Vorbehalten sind einzig die Vorschriften des § 21 Ziff. 1 bis 3 und des § 30 über Trauungen, deren Nichtbeachtung für beide Konfessionen die Nichtigkeit der Ehe zur Folge haben muß (ausgenommen immerhin die in andern Staaten nach dort gültiger Form eingegangenen Ehen).

§ 55.

Aczessorische Fragen.

Aczessorisch zum Haupturtheile und ebenfalls unweiterzüglich haben die Ehegerichte (außer der in § 52 ihnen vorbehaltenen Verfügung):

1. bei Scheidungen von Tisch und Bett für die Dauer derselben und der Güterverbindung den Betrag festzusetzen, den der Ehemann an den Unterhalt der Frau zu leisten hat;

2. bei Scheidungen jeder Art, wenn Kinder aus der zeitlich oder gänzlich geschiedenen Ehe vorhanden sind, zu erkennen, welchem der beiden Ehegatten dieselben zur Versorgung und Erziehung zu überlassen sind und wie viel der andere an den diesfälligen Kosten beizutragen hat.

Zugleich haben die Ehegerichte, je nach Umständen, sei es zum Behufe der Bevormundung der geschiedenen Frau und der ihr etwa überlassenen Kinder, sei es, im Falle bloß zeitlicher Scheidung, behufs Sicherung des Frauenguts während dauernder Güterverbindung, die geeigneten Anzeigen und Anträge an die zuständige Vormundschaftsbehörde zu beschließen.

§ 56.

Nicht aczessorische Fragen.

Alle übrigen vermögensrechtlichen Fragen dagegen, wie namentlich die auf die Entschädigung und die (von rechtswegen eingetretene oder von dem Ehegericht beschlossene) Gütertrennung bezüglichen, sind nicht als aczessorisch zu behandeln, sondern an die ordentlichen Zivilgerichte zu weisen. [1])

[1]) Unser ehemaliges evangel. Ehegesetz übertrug auch die Beurtheilung sämmtlicher auf die Gütertrennung bezüglichen Fragen den Ehegerichten, was zur Folge hatte, daß für dieselben der sonst gesetzliche Instanzenzug verloren ging. Da aber solche Streitfragen rein vermögensrechtlicher Natur sind, wurde hier ihre Erledigung mit Recht den ordentlichen Gerichten vorbehalten, was freilich zur Folge hat, daß bei Ehescheidungen mitunter ein zweifacher Prozeß nöthig werden wird.

V. Eheliche Kinder.

§ 57.

Vermuthung der Ehelichkeit.

Ehelich sind die von zwei Ehegatten in einer gültigen Ehe erzeugten und die von ihnen zwar vor Eingebung der Ehe erzeugten, aber nach Eingehung derselben geborenen Kinder. [1])

Die Ehelichkeit eines während der Ehe oder innert 300 Tagen nach deren Auflösung geborenen Kindes wird stets vermuthet. [2]) Sie kann von dem Ehemann aber angefochten werden, jedoch mit Erfolg nur dann, wenn er beweist, daß er während des Zeitraums von dem 300sten bis zum 180sten Tage vor der Geburt des Kindes seiner Frau nicht beigewohnt habe. [3])

Dieses Einspruchsrecht des Ehemanns erlischt nach Ablauf von vier Wochen, nachdem er von der Geburt des Kindes Kenntniß erhalten. Das nämliche Einspruchsrecht kann innert der gedachten Frist auch von den Erben des Ehemanns, wenn dieser vor Ablauf derselben gestorben sein sollte, geltend gemacht werden, vorausgesetzt daß derselbe das Kind in keiner Weise anerkannt hatte. Eine von dem Ehemann rechtzeitig bei der zuständigen Gerichtsstelle anhängig gemachte Einsprache kann, wenn er vor Erledigung derselben gestorben sein sollte, auch von dessen Erben aufrecht erhalten werden. [4])

[1]) Das röm. R. und mit ihm das österreich. Ges. (§ 138) fordern zur Ehelichkeit der in der Ehe gebornen Kinder auch, daß sie in der Ehe erzeugt seien, vermuthen aber letzteres, wenn sie wenigstens 180 Tage nach Eingehung der Ehe geboren wurden.

[2]) Der Entwurf hatte den 200sten Tag als äußerste Frist angenommen, von der Ansicht ausgehend, daß ein Kind, das vor dem 200sten Tage nach seiner Zeugung geboren wird, unter keinen Umständen lebensfähig sein könne, daher jeder Streit über dessen Ehelichkeit müssig sei. Die zweite Kommission setzte dagegen die Frist von 300 Tagen fest.

[3]) Das aarg. Ges. § 160 läßt die Bestreitung der Ehelichkeit eines vor dem 180sten Tage nach Eingehung der Ehe gebornen Kindes auch dann zu, wenn der Mann vor der Verehelichung keine Kenntniß von der Schwangerschaft der Braut hatte. Ebenso das zürcher Ges. § 133, welches aber für diesen Fall die Rechtsvermuthung der Unehelichkeit des Kindes wieder aufhebt, wenn die Frau beweist, daß der Mann ihr vor der Ehe beiwohnte. Die meisten Zivilgesetze anderer Kantone verlangen von dem Ehemann zu Begründung seiner Klage den Beweis, daß er während eines bestimmten Zeitraumes seiner Frau (wegen Unvermögens oder Abwesenheit) nicht beiwohnen konnte. Allein der Beweis der Unehelichkeit des Kindes muß auch durch das Geständniß der Frau, daß ihr Mann ihr während des fraglichen Zeitraumes nicht beigewohnt habe, als erbracht angesehen werden.

[4]) Das Klagrecht war in dem ursprünglichen Entwurf nur dem Manne eingeräumt, von der Ansicht ausgehend, daß die Ehelichkeit der Kinder möglichst zu begünstigen und dagegen die Bestreitung derselben, auch wegen des damit verbundenen Skandals, möglichst einzuschränken sei. Die zweite Kommission hielt es aber der Billigkeit angemessen, jenes Einsprachsrecht unter den angegebenen Einschränkungen auch den Erben des Ehemannes einzuräumen.

§ 58.

Rechte derselben.

Die ehelichen Kinder erwerben durch ihre Geburt das Bürgerrecht und den Geschlechtsnamen des Vaters und für die Dauer ihrer Minderjährigkeit gegenüber ihren Eltern das Recht auf Unterhalt, Schutz und Erziehung. [1])

Die Erziehung soll eine angemessene Entwickelung der körperlichen, geistigen und sittlichen Kräfte der Kinder und deren Befähigung zu ihrem künftigen Fortkommen, theils durch persönliche Einwirkung, theils durch Gewährung des nöthigen Schul- und Religionsunterrichtes und eine durch die Umstände gebotene und den Anlagen der Kinder entsprechende Berufsbildung, bezwecken.

[1]) Es wird unterschieden zwischen den Rechten der Kinder (§ 58) und den Rechten der Eltern (§ 59). Jene haben absolute Geltung während der Dauer der Minderjährigkeit, diese nur bedingte. Daher bleiben die Eltern, selbst wenn sie das Elternrecht verlieren, zu Bestreitung der Kosten für Unterhalt und Erziehung der Kinder verpflichtet. Gegenüber volljährigen Kindern haben die Eltern nur die Unterstützungspflicht laut § 68.

Anmerk. Nach dem Klosterser Landb. hatte der überlebende Vater ²/₃, die überlebende Mutter ¹/₃ an die Erziehungskosten der Kinder beizutragen; „so aber das Abgestorbene kein Gut verlassen und das noch im Leben wäre kein Gut hätte, sollen die Kind aus des Lebenden Gut erzogen werden.“ Die Stat. von Oberengadin, Obtasna, Untertasna, Remüs und Münsterthal machten den Eltern zur Pflicht, ihre Kinder „mit Nahrung und Kleidung (con victo e vestito) ehrbar nach ihrem Stand“ aus dem Ertrage ihres (der Kinder) Vermögens zu

erziehen, und in Ermangelung eines solchen oder wenn dieses nicht genügte, im Verhältniß von $^2/_3$ zu $^1/_3$. Diese Vertheilung der Erziehungskosten hat aber keinen Zweck nachdem dem überlebenden Elterntheile (laut § 63) die Nutznießung an dem den Kindern zugefallenen Vermögen des verstorbenen Ehegatten zugeschieden worden.

§ 59.

Elternrecht.[1])

Die Eltern sind die natürlichen Vormünder über die Person ihrer minderjährigen Kinder (deren Pfleger). — Als solchen steht ihnen deren Versorgung, Schutz und Erziehung[2]) zu und haben sie das Recht, nach Maßgabe des § 58 die hiezu erforderlichen Verfügungen über ihre Person zu treffen, daher zu solchem Zwecke sie zum Gehorsam anzuhalten,[3]) sowie, wenn sie entweichen oder ihnen vorenthalten werden sollten,[4]) erforderlichenfalls unter Anrufung der Polizeigewalt, deren Zuführung zu verlangen.

Ihnen sind die Kinder Gehorsam und Ehrerbietung und, so lange sie nicht vollständig außer der elterlichen Pflege stehen, die ihren Kräften und Umständen entsprechenden Dienstleistungen[5]) schuldig.

[1]) Das Elternrecht ist zu unterscheiden von der Vormundschaft über das Vermögen der Kinder. Es entspricht den Pflichten der Eltern bez. den Rechten der Kinder (§ 58). Dasselbe umfaßt:

a) die Pflegschaft oder Vormundschaft der Eltern über die Person der Kinder. Diese dauert bis zur Volljährigkeit oder Verehelichung der Kinder;

b) den Anspruch auf Dienstleistungen der Kinder, gleichsam als Gegenleistung für ihre Versorgung und Erziehung. Dieser kann schon vor der Volljährigkeit der Kinder erlöschen, sofern letztere schon während ihrer Minderjährigkeit außer die elterliche Versorgung treten.

[2]) Verschiedene Gesetzgebungen, z. B. die zürcherische (§ 253) lassen ausdrücklich das Elternrecht mit Bezug auf das Religionsbekenntniß des Kindes nur bis zur Mündigkeit des letzteren dauern. Allein besser scheint es in dieser Hinsicht dem Leben und den Umständen etwas zu überlassen. Gegen einen Mißbrauch des Elternrechts in dieser Richtung schützt schon der § 65.

[3]) Daß den Eltern ein dem erziehlichen Zwecke angemessenes Züchtigungsrecht zusteht, versteht sich von selbst, obwohl eine einschlägige Andeutung des Entwurfes von der zweiten Kommission gestrichen wurde. Gegen einen Mißbrauch dieses Züchtigungsrechtes schützt § 65. Verschiedene Gesetzgebungen ertheilen den Eltern ein sehr weit gehendes Züchtigungsrecht, indem sie dieselben zu einer Einsperrung bis auf $^1/_2$ Jahr, ja bis auf 1 Jahr ermächtigen. (Vgl. *Code Nap.* Art. 376 ff.; Berner Ges. § 155, Luzerner Ges. § 67, Solothurner Ges. § 260 ff.)

[4]) Häufig kommt der Fall vor, daß Kinder sei es dem Vater von der getrennt lebenden Mutter, sei es den Eltern von andern Verwandten vorenthalten werden, mit der Behauptung, daß dieselben von dem Vater, bez. von den Eltern verwahrlost oder mißhandelt werden. In solchen Fällen mag die polizeiliche Exekution so lange verschoben werden, bis die zuständige Vormundschaftsbehörde die Sache untersucht und sich darüber ausgesprochen hat, ob und in wie weit das Elternrecht eine Einschränkung zu erleiden habe oder nicht.

[5]) Die Dienstleistungen der Kinder sind nicht blos eine Gegenleistung für ihren Unterhalt, sondern auch für körperliche und geistige Pflege; daher werden die Kinder dieser Pflicht dadurch, daß sie aus den Renten ihres eigenen Vermögens erhalten werden können, nicht absolut enthoben, zumal unter Umständen schon der pädagogische Zweck allein zur Forderung solcher Dienstleistungen berechtigt. In der Regel werden diese nur in gemeinschaftlicher Haushaltung mit den Eltern stattfinden.

§ 60.

Väterliche Gewalt und Vormundschaft.

Dem Vater, als dem Haupt der Familie, steht in der Ausübung des Elternrechtes die entscheidende Stimme (väterliche Gewalt) [1]) zu.

Er ist der natürliche Vormund über das Vermögen seiner minderjährigen Kinder und vertritt sie als solcher in allen ihren privatrechtlichen Angelegenheiten. In gedachter Eigenschaft kann er ihnen gehörige Liegenschaften mit vormundschaftlicher Genehmigung, ihre Fahrniß auch ohne solche gültig verpfänden und veräußern, ist aber auch pflichtig, auf die Verwaltung ihres Vermögens diejenige Sorgfalt zu verwenden, die von einem guten, um das Wohl seiner Kinder besorgten Hausvater gefordert werden darf. [2])

Wird der Vater bevogtet oder verbeiständet, so ist sein Vormund zugleich auch Vormund der Kinder.

[1]) Die „väterliche Gewalt" hat demnach hier einen von der römischen *patria potestas* sehr verschiedenen Sinn. Während nämlich letztere ein unbedingtes und selbstsüchtiges Herrschaftsverhältniß des Vaters über seine Kinder war und sich auch auf ihr volljähriges Alter erstreckte, erscheint die väterliche Gewalt hier blos als Trägerin des Elternrechtes, und zwar mehr im Sinne der deutschen Vormundschaft (des Mundium) vorzugsweise zum Schutz und zur Pflege der Kinder, weßhalb sie auch auf deren hülfsbedürftiges (minderjähriges) Alter beschränkt bleibt. Die väterliche Gewalt ist hier somit nichts anderes als das natürliche Uebergewicht des Vaters in Ausübung des ihm gemeinschaftlich mit der Mutter zustehenden Elternrechtes.

[2]) Unsere frühere Gesetzgebung (Vormundschaftsges. Art. 1 und Gesetz über das Vermögensverhältniß zwischen Ehegatten Art. 20) kannte diese natürliche Vormundschaft des Vaters nicht; vielmehr stand der Vormundschaftsbehörde frei, für das Vermögen des minderjährigen Kindes sei es den Vater oder einen Andern zum Vormund zu bestellen und wurde der Vater dazu erwählt, so war er in Pflichten und Rechten einem gewöhnlichen Vormund gleichgestellt. Es ist aber dies der natürlichen Stellung des Vaters durchaus unwürdig, entfremdet die Kinder dem Vater, schwächt daher die Einheit und Innigkeit des Familienlebens und ist zudem ganz unhistorisch, indem das väterliche Mundium des deutschen Rechtes bekanntlich auch das Recht der Verwaltung des Kindervermögens in sich schloß. Es ist in der That nicht einzusehen, warum der Vater, welcher der natürliche Vormund über das Vermögen der Frau ist, es nicht auch über das Vermögen der Kinder sein soll und wie einem Fremden mehr Interesse an ihrem Wohle und somit eine angelegentlichere Sorge für Erhaltung ihres Vermögens zugetraut werden darf, als dem eigenen Vater. Jede überflüssige und unberechtigte Einmischung der Behörden in das Familienleben sollte überhaupt vermieden und namentlich die obrigkeitliche Vormundschaft auf das Unerläßlichste beschränkt werden: sie kann nur als ein schwacher Ersatz der väterlichen gelten und soll nur subsidiär, wo letztere fehlt oder nicht ausreicht, eintreten. Hinwieder bringt es die natürliche Stellung des Vaters mit sich, daß seine Verwaltung von der Vormundschaftsbehörde nicht so ängstlich wie diejenige eines obrigkeitlichen Vormundes bewacht und kontrollirt werde! Zur Sicherung der Kinder gegen allfälligen Mißbrauch genügt es gewiß, daß: a) der Vater nicht ohne vormundschaftl. Genehmigung über die Liegenschaften der Kinder verfügen kann; b) die Behörde ihr Vermögen inventarisiren und schätzen lassen kann und auf Verlangen soll (§ 61) und c) der Vater zu dessen Sicherstellung angehalten oder ihm die Verwaltung gänzlich entzogen werden kann (§ 65). Vergl. übrigens Oesterr. Ges. § 149, *Code Nap.* § 389, Preuß. L. R. II. 2 § 158 und 168, Berner Ges. Art. 211, Soloth. Ges. § 269 und Zürcher Ges. § 261 und 262.

§ 61.

Haftbarkeit der Eltern.

Die Eltern haften für den Stammbetrag des unter väterlicher Vormundschaft stehenden Vermögens der Kinder, zu welchem Behufe die Vormundschaftsbehörde befugt und auf Verlangen der Kinder oder ihrer nächsten Verwandten verpflichtet ist, dasselbe zu inventarisiren und zu schätzen.

Dieser Haftbarkeit sind die Eltern nur in so weit enthoben, als sie nachzuweisen vermögen, daß das nicht mehr Vorhandene durch Zufall untergegangen oder zu einer sonst nicht möglich gewesenen angemessenen Ausbildung der Kinder oder in der Noth der Familie für diese letztere in entschuldbarer Weise verwendet worden sei. [1])

[1]) Es ist billig, daß man mit den Eltern nicht allzu riguros zu Gunsten der Kinder rechne. Denn so lange diese integrirende Bestandtheile der Familie sind, soll ihr Vermögen, so weit es wirkliche („echte") Nothdurft erheischt, zum Unterhalt der Familie beitragen. Vgl. Zürcher Ges. 272.

§ 62.

Im Falle des Ueberlebens der Mutter.

Wenn die Mutter den Vater überlebt oder in Folge einer Ehescheidung ihr die Versorgung der Kinder anvertraut wird, so übt sie über letztere das Elternrecht allein aus, insofern und so lange sie sich nicht wieder verehlicht oder sie oder ihre Kinder nicht obrigkeitlich bevormundet werden, in welchem Falle sie hinsichtlich ihres Elternrechts zu dem ehelichen oder obrigkeitlichen Vormunde in die Stellung tritt, die der Gattin gegenüber dem Gatten zukommt. [1])

Hinsichtlich der vormundschaftlichen Verwaltung des Vermögens vaterhalb verwaister Kinder setzt der Abschnitt über die obrigkeitliche Vormundschaft das Nähere fest.

[1]) Es ist hier nur von dem Elternrecht oder der Vormundschaft über die Person der Kinder, nicht aber von der väterlichen Vormundschaft über das Vermögen der Kinder die Rede. Letztere erlischt mit dem Tode des Vaters. Wenn die überlebende Mutter sich wieder verehelicht oder bevormundet wird, so übt sie das Elternrecht in Gemeinschaft mit ihrem zweiten Gatten oder ihrem Vormund aus. Das blos äußerliche Verhältniß des Vormundes zur Familie bringt es freilich mit sich, daß derselbe sich an der Erziehung weit weniger betheiligen wird als die Mutter und nur in wichtigeren Angelegenheiten der Erziehung sein entscheidendes Wort sprechen wird.

§ 63.

Nutznießung der Eltern.

Die Eltern, oder auch nur der überlebende Ehegatte in seinem Wittwer- oder Wittwenstande, haben während der Minderjährigkeit ihrer Kinder, so lange sich diese nicht verehelichen, die Nutznießung an deren Vermögen mit Vorbehalt des Sonderguts derselben (§ 64). [1])

Wenn der überlebende Ehegatte sich wieder verehlicht, so erlischt

sein Nutznießungsrecht an dem Vermögen seiner Kinder erster Ehe nur dann, wenn sie nicht mehr in seiner Pflege stehen, in welchem Falle aber die Kosten für deren Unterhalt und Erziehung vorab aus dem Ertrag ihres Vermögens, soweit derselbe reicht, zu bestreiten sind. Reicht dieser hiezu nicht aus,[2]) so darf das Hauptgut der Kinder nur in soweit angegriffen werden, als der überlebende Ehegatte nachweisbar unvermögend ist, das Fehlende zu ergänzen.

[1]) Unser früheres Recht (s. Art. 21 und 22 des Gesetzes über die Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten) kannte auch dieses Nutznießungsrecht; hinsichtlich des überlebenden Ehegatten aber nur insofern a) er sich nicht wieder verehlicht, und b) er mit den Kindern „zusammenwohnt". Das letztere Requisit ist aber unjuristisch. Das Nutznießungsrecht wird als eine Art Kompensation der den Eltern gegenüber den Kindern obliegenden Versorgungs- und Erziehungspflicht angesehen. Man will auch zwischen Eltern und Kindern nicht so genau rechnen. Wenn nun auch das Elternrecht den Eltern entzogen würde, so liegen ihnen die Kosten für Unterhalt und Erziehung doch ob, daher kein Grund vorliegt, ihnen das Nutznießungsrecht zu entziehen. Dagegen rechtfertigen die im Falle der Wiederverehelichung mehr oder weniger kollidirenden Interessen einen größeren Schutz des Vermögens der Kinder erster Ehe, sobald ihr Unterhalt und ihre Erziehung nicht mehr von den Ehegatten selbst besorgt werden.

[2]) Dieser Zusatz wurde von der zweiten Kommission beschlossen.

Anmerk. Die Oberengadiner Stat. (cap. 43) stellten es im Falle der Wiederverehelichung des überlebenden Ehegatten den Vögten und nächsten Verwandten der Kinder anheim, demselben die Nutznießung zu lassen oder nicht. Die Münsterthaler Stat. (c. 6) sprechen dem überlebenden Elterntheil das Nutznießungsrecht am Vermögen der Kinder bis zu deren erfülltem 15. Jahr zu, jedoch mit dem, wohl widersprechenden Beisatze: „mo scha la roba fuoss da plü rapport co ch'ils uffants manglessan, des quei esser impuondü a nüz dels uffants tenor cussegl d'ün avuà et duos prossems paraints." Nach dem Obervatzer L. B. (45) hatte der überlebende Ehegatte die Nutznießung am Vermögen der Kinder, das er nur angreifen konnte in Krankheit derselben oder zu ihrer Ausbildung. Auch nach dem Churer St. R. hatte der überlebende Ehegatte die Nutznießung am Vermögen der Kinder, mußte ihnen aber ihr ererbtes Gut herausgeben, sobald sie im Stand waren, sich ihr Brod selbst zu verdienen oder sich verheiratheten.

§ 64.

Stellung der Eltern zum Sondergut der Kinder.

Der elterlichen Nutznießung, nicht aber der väterlichen Vormundschaft enthoben ist,[1]) was den Kindern mit der ausdrücklichen Bestimmung geschenkt oder vermacht wird, daß die Eltern keinen Genuß daran haben sollen. Bei Pathengeschenken wird diese Bestimmung vermuthet. (Geschenktes Sondergut.)[2])

Der elterlichen Nutznießung sowohl als der väterlichen Vormundschaft enthoben ist: was die Kinder, wenn sie außer der elterlichen Versorgung stehen, sich erwarben. (Erworbenes Sondergut.)[3])

[1]) Zu dem Sondergut der Kinder gehört dasjenige Vermögen derselben, woran die Eltern keine Nutznießung haben. Bei demselben wird unterschieden zwischen dem geschenkten Sondergut (analog dem röm peculium adventitium extraordinarium) und dem erworbenen Sondergut (analog dem peculium quasi castrense).

[2]) Zu dem geschenkten Sondergut hatte der Entwurf auch alle Geschenke der Eltern an die Kinder gerechnet. Die zweite Kommission fand aber, daß bei Geschenken der Eltern an die Kinder nicht zu vermuthen sei, daß erstere sich damit der Nutznießung an dem Geschenkten begeben wollen, weßhalb letzteres (analog den Geschenken Dritter) nur dann anzunehmen sei, wenn die Eltern ausdrücklich auf die Nutznießung verzichtet hätten.

[3]) Sobald ein Kind sich selbst erhält, emanzipirt es sich thatsächlich hinsichtlich des von ihm Erworbenen. Vgl. österr. Ges. § 151. Das Soloth. Ges. § 268 sagt: „Wenn Kinder mit Zustimmung ihrer Eltern einen Beruf auf eigene Rechnung treiben oder außer dem elterlichen Hause im Dienste stehen" u. s. w. Weiter geht das Zürcher Ges., das in § 266 das Sondergut auch hinsichtlich dessen zuläßt, „was das Kind durch außergewöhnlichen Fleiß erwirbt." Wann aber der Fleiß „außergewöhnlich" sei, ist schwer zu bestimmen. *Code Nap.* Art. 378 spricht blos von „travail et industrie séparés".

§ 65.

Beschränkung des Elternrechts und der väterlichen Vormundschaft.

Wenn die Eltern zum dauernden Nachtheil der Kinder die ihnen obliegenden pflegschaftlichen Pflichten vernachläßigen oder ihre elterliche Gewalt mißbrauchen würden, so soll ihnen die Vormundschaftsbehörde das Elternrecht ganz oder theilweise entziehen und nöthigenfalls dessen Ausübung einem eigenen Vormund (Pfleger) übertragen.

Deßgleichen soll das Vermögen der Kinder, wenn es durch die väterliche Verwaltung gefährdet erscheint, von der Vormundschaftsbehörde ganz oder theilweise so sicher gestellt werden, daß entweder der Vater zu dessen Versicherung angehalten, oder ihm die Verwaltung des Kindervermögens entzogen und dieses unter eigene Vormundschaft gestellt wird. [1])

[1]) Dieser Maßnahme werden in minder dringenden Fällen wohl Warnungen und Ermahnungen an die Eltern vorausgehen. In wie weit das Elternrecht in einem gegebenen Falle (z. B. durch unmäßige Züchtigung, durch beharrliche Weigerung, das Kind in die Schule zu schicken, fortgesetzte körperliche Verwahrlosung) wirklich mißbraucht ist, ist Sache der Behörde zu entscheiden.

§ 66.

In wiefern die Kinder unter elterlicher Gewalt gültig handeln.

Unter elterlicher Gewalt stehende Kinder können, mit Vorbehalt ihres Verfügungsrechtes über ihr erworbenes Sondergut, selbständig nicht gültig sich verpflichten, wohl aber, so weit sie überhaupt eines Rechtswillens fähig sind (siehe § 15), sich Rechte erwerben, in der Art, daß Diejenigen, mit welchen sie Verträge eingingen, ihrerseits die Gültigkeit der letzteren nicht aus dem Grunde anfechten können, weil jenen (den Kindern) die volle Handlungsfähigkeit fehlte. [1])

Die Eltern können durch die Kinder nur verpflichtet werden in so weit es mit ihrer Einwilligung geschieht, oder diese Einwilligung aus den Umständen [2]) vermuthet werden darf.

Sollten jedoch durch die von Kindern eingangenenen, wegen mangelnder Zustimmung der Eltern aber für sie unverbindlich gebliebenen Rechtsgeschäfte die Kinder selbst oder ihre Eltern bereichert werden, so haften jene oder diese so weit die Bereicherung reicht. Deßgleichen haften sie so weit als dasjenige, was ihnen aus dem ungültigen Rechtsgeschäfte zukam, nachweisbar für sie (die Kinder oder Eltern) nützlich verwendet wurde. [3])

Gegenüber ihren Eltern können Kinder nur mit Beirathung eines außerordentlichen Vormunds und Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde sich gültig verpflichten.

[1]) Von minderjährigen Kindern eingegangene Verträge sind demnach nicht absolut nichtig, bleiben vielmehr für die Mitkontrahenten verbindlich, d. h. es können die Kinder bez. deren Eltern auf Erfüllung klagen. Dagegen bleiben sie für die Kinder und deren Eltern unverbindlich, d. h. der Dritte kann, wenn der Vertrag nicht von den Eltern genehmigt wurde, seinerseits nicht auf Erfüllung klagen. Diese Genehmigung kann auch erst nachträglich und sowohl ausdrücklich als stillschweigend (thatsächlich) erfolgen (Vgl. § 44). Vorausgesetzt wird übrigens hiebei, daß die Minderjährigen nicht so jung seien, daß ihnen jedes Rechtsbewußtsein abgesprochen werden muß (s. § 15).

Nach deutschem Rechte konnte ein Minderjähriger nur wenn er mündig war Rechte erwerben, während ein Unmündiger ohne vormundschaftliche Vertretung auch nicht Rechte erwerben konnte. Das Mündigkeitsalter wurde aber sehr verschieden festgesetzt.

[2]) Umstände, aus welchen auf eine solche Einwilligung der Eltern geschlossen werden darf, sind z. B. wenn die Kinder mit Vorwissen der Eltern selbständig einen Beruf treiben oder außer dem elterlichen Hause eine Schule besuchen, wenigstens mit Rücksicht auf die mit einem solchen auswärtigen Schulbesuch gewöhnlich verbundenen Bedürfnisse und Auslagen.

Durch die selbständige Betreibung eines Berufes tritt das minderjährige Kind nicht etwa aus der väterlichen Vormundschaft, da unsere Gesetzgebung nicht, wie z. B. die französische, die Emanzipation d. h. die Entlassung des Kindes aus der (väterlichen oder obrigkeitlichen) Vormundschaft vor Ablauf der Minderjährigkeit kennt, den einzigen Fall der Verehelichung des Kindes ausgenommen. Es kann daher auch das selbständig einen Beruf treibende Kind persönlich nur so weit haftbar gemacht werden, als das von ihm in diesem Berufe selbst Erworbene (s. § 64) reicht. Wohl aber wird der Vater, wenn der Sohn mit seinem Vorwissen den Beruf trieb, für ihn haften, so weit es sich wenigstens um Bedürfnisse und Auslagen handelt, die mit einem solchen Beruf verbunden zu sein pflegen.

[3]) Vgl. Anmerk. 4 zu § 44.

Anmerk. Nach den Stat von Poschiavo (c. 28) konnten mündige (14 Jahre alte) Haussöhne sich solidarisch mit ihren Vätern verpflichten. Den Vater konnte der Haussohn nur dann verpflichten, wenn er mit Bewilligung des ersteren in dessen Hause Handel trieb. Nach den Oberengad. St. (c. 44) durfte man in der Gewalt von Eltern oder Vormündern stehenden Personen „weder Getränke noch Nahrungsmittel noch Gabe noch Anderes geben" bei Verlust jeglicher daheriger Forderung. Das Churer St. R. verbot den unter elterlicher Gewalt stehenden Kindern, „die für sich selber öffentlich nichts handeln," so wie den Bevogteten, Eheweibern und Verpfründeten Geld oder Geldwerth „fürzusetzen, zu lehnen oder anzuvertrauen" — bei Verlust der Ansprache und selbst bei Buße, wenn jene handlungsunfähige Personen, ohne Vorwissen ihrer Vertreter, „aus den Haushaltungen versetzen oder entfremden würden."

§ 67.

Beendigung der Vormundschaft.

Die elterliche Vormundschaft wird, außer dem Falle der §§ 65 und 100 beendigt:

a. durch die Volljährigkeit der Kinder, d. h. mit Erfüllung ihres 19ten Altersjahres;

b. durch deren Verehelichung; [1])

c. durch die gänzliche oder zeitliche Ehescheidung mit Rücksicht auf denjenigen Elterntheil, welchem die Kinder entzogen werden, so lange die Ehescheidung dauert;

d. durch den Tod der Eltern oder der Kinder.

Die väterliche Vormundschaft über das Vermögen der Kinder erlischt durch die Wiederverehelichung des Vaters, es wäre denn, daß dieselbe durch Beschluß der Vormundschaftsbehörde verlängert würde.

[1]) Die sich verehelichende Tochter tritt dann unter die Vormundschaft ihres Gatten, der sich verehelichende Sohn wird selbständig (eigenen Rechtes), wenn er noch minderjährig wäre.

Anmerk. Das Institut der Emanzipation (s. Anm. 2 zu § 66) bestand bei uns im Oberengadin; nur schrieben dessen St. vor, daß eine solche (Entlassung aus der väterlichen Gewalt) nicht anders Wirkung haben sollte, als wenn sie von der Obrigkeit „gutgeheißen und protokollirt" worden.

§ 68.

Unterstützungspflicht.

Die nächste Blutsverwandtschaft begründet eine gegenseitige Unterstützungspflicht der Familienglieder im Falle sie in Dürftigkeit gerathen, [1]) nämlich;

a. Der Eltern und Großeltern gegen Kinder und Enkel, über deren Volljährigkeit hinaus.

b. Der Kinder und Enkel gegen Eltern und Großeltern und

c. Ausnahmsweise auch der Geschwister gegen einander, sofern sie vermöglich sind.

Das, nöthigenfalls gerichtlich auszumittelnde Maß der Unterstützung richtet sich einerseits nach dem Bedürfniß des zu Unterstützenden und anderseits nach den Mitteln des Unterstützungspflichtigen.

Das Klagrecht auf diese gesetzliche Unterstützung steht, außer den Berechtigten selbst, auch ihrer Heimathgemeinde und überhaupt Jedem zu, der ein rechtliches Interesse an Erfüllung der Unterstützungspflicht nachweisen kann.

Durch obige Bestimmungen soll den gesetzlichen Maßregeln gegen Arbeitsscheue und der Bevormundung Bedürftige kein Eintrag geschehen.

[1]) Gewöhnlich findet sich die gegenseitige Unterstützungspflicht der Familienglieder in die Armengesetze aufgenommen. Es läßt sich aber dieselbe nur als zivilrechtliche Verpflichtung auffassen und rechtfertigen, und muß daher im Privatrechte

ihre Stelle finden. Sie erwächst offenbar aus der Einheit des Famlienkörpers und aus der daraus fließenden natürlichen Solidarität seiner einzelnen Glieder im Wohl- und im Uebelergehen; doch darf sie als Rechtspflicht nicht den Kreis der nächsten Verwandten überschreiten, wenn man nicht auf unstatthafte Weise in das sittliche Gebiet übergreifen will. Es hat deßhalb die zweite Kommission, gegen den Antrag des Entwurfes, Anstand genommen, den Geschwistern wie den sub a und b aufgeführten Aszendenten und Deszendenten, eine regelmäßige gegenseitige Unterstützungspflicht zuzumuthen und daher dieselbe nur als Ausnahme gelten lassen und zugleich auf den Fall der Vermöglichkeit beschränkt.

Anmerk. Auch das Churer St. R. machte den Kindern und Enkeln zur Pflicht, „ihren ohnvermöglichen Eltern oder Großeltern mit möglichster Beyhülf an die Hand zu gehen und selbige zu erhalten und zu verpflegen.“ Das Davoser L. B. sagt: „Wan Jemand in Sterben und Siechlager was Krankheit das were, Steur und Hülff nothdürftig wurde, so sollen je die nächsten von der Fründtschaft zugriffen und helfen, nach Rath einer f. Obrigkeit.“ Die Oberengad. St. machten den Kindern die Unterstützung der Eltern, wenn diese nicht Vermögen hatten, zur Pflicht „ehrbar und nach Erkenntniß des Gerichts“ (hondraivelmaing et per cognitiun da drett). Ungefähr eben so die St. von Obtasna, von Bergell und von Fürstenau. Nach den Averser St. (44) lag die Unterstützungspflicht den Kindern gegenüber ihren Eltern „nach gerichts Erkantnuß“, so lange sich dieselben nicht wieder verheiratheten, ob. Mehr einer Verpfründung näherte sich die Bestimmung der Münsterthaler St. (c. 68): „Immincha bap et mamma dessan con lur roba pudair s'apozar via dad ün da seis uffaunts qual cha ad els plascherà. Et in term del On dess star in recognitiun del drett o duos prossems da considerar cha quel uffaunt ha don u guadogn da quellas varts suvainter il qual dess gnir provedü.“

VI. Uneheliche Kinder.

§ 69.

Ihre Stellung zur Mutter.

Die unehelichen [1]) Kinder erwerben durch ihre Geburt das Bürgerrecht und den Geschlechtsnamen der Mutter und haben, der letzteren gegenüber, alle Rechte, die den ehelichen Kindern gegenüber ihren Eltern zustehen. [2]) Umgekehrt übt die Mutter gegenüber ihrem unehelichen Kinde dieselben Rechte aus, die der Wittwe gegenüber ihren ehelichen Kindern zustehen.

[1]) Unehelich sind selbstverständlich diejenigen Kinder, die nicht laut § 57 ehelich sind.

[2]) Das uneheliche Kind tritt in die Familie der Mutter, nicht aber in diejenige des Vaters. Seine familienrechtlichen Beziehungen beschränken sich daher auf sein Verhältniß zur Mutter, welche auch, wie die Wittwe (laut § 62), ihm gegenüber die ausschließliche Trägerin des Elternrechts ist.

§ 70.

Ihre Stellung zum Vater.

Gegenüber ihrem Vater erlangen die unehelichen Kinder für die Dauer ihres minderjährigen Alters den Anspruch auf einen, nach

Maßgabe seines Vermögens sowohl als desjenigen der Mutter zu bestimmenden Beitrag an ihre Unterhaltungs- und Erziehungskosten.[1])

Die väterliche Gewalt und Vormundschaft über das uneheliche Kind kann von der Vormundschaftsbehörde gutfindenden Falls dem Vater anvertraut werden, namentlich dann, wenn letzterer die gänzliche Versorgung des Kindes übernimmt.

Die dem Vater hinsichtlich der Unterhaltungs- und Erziehungskosten seines unehelichen Kindes obliegende Verpflichtung geht auf die Erben des ersteren über.[2])

[1]) Laut unserm früheren Paternitätsges. (Art. 7) sollte das Kind vom erfüllten 12ten Jahre an „der Obsorge" des Vaters übergeben werden. Die Praxis dagegen hielt diesen meist nur zu einem Beitrag (etwa von jährlichen Fr 25—Fr. 50) bis zum erfüllten 12ten Jahre an. Die schweizerischen Gesetzgebungen halten es in diesem Punkt sehr verschieden. Das Soloth. Gesetz (§ 298 und 299) verurtheilt den Vater in der Regel zu jährlichen Beiträgen von Fr. 60 a. W. bis zum erfüllten 15ten resp. 16ten Jahr. Das Zürcher Ges. (295 und 296) verpflichtet ihn zu gänzlicher Tragung der Unterhalts- und Erziehungskosten vom 12ten Jahre an. Das Luzerner Ges. § 101 verpflichtet in erster Linie den Vater zum Unterhalt und zur Erziehung der Kinder von Anfang an.

[2]) Die Beitragspflicht des Vaters ist vermögensrechtlicher Natur und haftet daher auf dessen Nachlaß. Die Erben können sich jedoch derselben natürlich durch Ausschlagen der Erbschaft entziehen.

Anmerk. Strenger waren die Anforderungen, welche unsere Statuten an den Vater stellten. Nach dem Klosterser L. B. sollte der Vater $^2/_3$, die Mutter $^1/_3$ an die Erziehungskosten beitragen. Beim Ableben des einen oder andern ging dieß Verpflichtung auf dessen „nechste Erben" über. Blos wann Vater oder Mutter auch eheliche Kinder und zugleich „nit so vil Gut hinter ihnen ließend, daß die ehelichen Kinder vermeinten, die ledigen oder unehelichen nit mögen erziehen, alsdann soll es an Richter und Gericht stahn, ob sie die ledigen Kinder erziehen sollen oder nit." Nach demselben Statut durfte aber der Vater seinem unehlichen Kind „ohne seiner nächsten Erben Wüssen und Willen" nichts vermachen, „vorbehalten ein gebürliches ein Kind zu einem Handwerck zu verdingen und daß es zu der Ehr Gottes erzogen werde, hat er Gewalt ohne Jemandts anderst, anzumelden." Doch fällt ein solches Vermächtniß, wenn das bedachte uneheliche Kind ohne Leibeserben abstirbt, auf den „Vater oder dessen nächste Erben" zurück. Auch nach dem L. B. der fünf Dörfer sollten der Vater bez. dessen Erben $^2/_3$ an dem Unterhalt des Kindes beitragen. Nach dem Münsterth St. sollte der Vater sein uneheliches Kind von $1^1/_2$ J an unterhalten, bis dahin aber der Mutter, wenn sie unvermögend war, jährlich fl. 30 beitragen. Nach dem Obervatzer L. B. hatte der Schwängerer das Kind „alsbald nach der Kindbett zu sich zu nehmen und zu erziehen als ein Vatter thun sol."

§ 71.

Vaterschaftsklage.

Der Mutter, für sich sowohl als für ihr uneheliches Kind, sowie dem etwaigen Vormund der ersteren oder des letzteren, steht gegenüber dem der Vaterschaft unkanntlichen Vater die Klage auf deren Anerkennung (Vaterschaftsklage) und auf Erfüllung der mit der Vaterschaft (laut § 70) verbundenen Verpflichtungen zu.[1])

Die Vaterschaftsklage verjährt mit dem Ablaufe von sechs Wochen nach erfolgter Geburt des Kindes.[2])

Die erwiesene außergerichtliche Kanntlichkeit der Vaterschaft hat volle rechtliche Wirkung, in der Art, daß der Beitrag zu den Unterhaltungs- und Erziehungskosten alsdann auch selbständig eingeklagt werden kann. [3])

[1]) Die Vaterschaftsklage ist nach diesem Gesetz eine Zivilklage. Es steht somit den hiezu Berechtigten (Mutter oder Kind) frei, sie anzustellen oder nicht. Die Vaterschaftsklage ist an sich unabhängig von der (nur der Mutter zustehenden) Schadensklage (§ 72) sowohl als von der polizeilichen Beurtheilung des Unzuchtsvergehens (§ 82). Die Vaterschaftsklage (sowie die Schadensklage) muß daher, gleich jeder andern Zivilklage, vorerst bei dem Vermittler anhängig gemacht werden und bildet nicht, wie das nach unserm früheren Paternitätsgesetz der Fall war, einen Gegenstand des Einschreitens von Amtswegen. Die Kanntlichstellung des Vaters liegt nur im Privatinteresse der Mutter und des Kindes, nicht aber im Interesse des Staates. Sache der betreffenden Vormundschaftsbehörde wird es zunächst sein, zeitig für gehörige Vertretung des Kindes behufs Anhebung einer begründeten Vaterschaftsklage zu sorgen, zumal wenn von der Mutter solche nicht zu erwarten wäre.

Die Vaterschaftsklage ist dem deutschen Rechte eigenthümlich. Ihre gänzliche Beseitigung nach dem Vorgang des *Code Nap.* („la recherche de la paternité est interdite") ist hart und ungerecht. Dagegen ist es am Platze, das Verfahren der neueren Rechtsbildung anzupassen.

[2]) Der Entwurf hatte die Verjährungsfrist auf 90 Tage festgesetzt. Die zweite Kommission glaubte, den im Allgemeinen anstößigen und widerwärtigen Vaterschaftsklagen eine möglichst kurze Nothfrist bestimmen zu sollen.

[3]) Die außergerichtliche Kanntlichkeit muß selbstverständlich, wenn darauf eine Klage auf Leistung des Unterstützungsbeitrages begründet werden will, sofort unzweifelhaft erwiesen werden. Sollte dies nicht möglich und auch die Vaterschaftsklage schon verjährt sein, so fiele die Klage auf den Beitrag zum Unterhalt des Kindes dahin.

Anm. Der Entwurf hatte die Vaterschaftsklage als dahin gefallen erklärt, sofern das Kind noch vor Erlassung des Hauptnrtheils stürbe. Schon die erste Kommission strich aber diese Bestimmung, von der Ansicht ausgehend, daß die uneheliche Mutter, trotz des inzwischen eingetretenen Todes ihres Kindes, ein rechtliches Interesse an der Vaterschaftsklage insofern haben könne, als sie durch den Nachweis der Vaterschaft den Verdacht von sich abwende, als ob sie als gemeine Dirne das Kind „aufgelesen" hätte.

§ 72.

Schadensklage.

Außer der Vaterschaftsklage hat die uneheliche Mutter gegenüber ihrem Schwängerer auch noch eine Schadensklage auf theilweisen oder gänzlichen Ersatz der ihr durch ihre Schwangerschaft und Niederkunft verursachten Auslagen und sonstigen ökonomischen Nachtheile. [1]) Auch diese Klage kann, sofern der Beklagte der Vaterschaft kanntlich ist, selbständig, sonst aber nur in Verbindung mit der Vaterschaftsklage angestellt werden. [2])

[1]) Diese durch die ökonomischen Nachtheile der Schwangerschaft und Niederkunft begründete, lediglich der unehelichen Mutter zustehende Klage ist wohl zu unterscheiden von den, der Mutter und dem Kinde zustehenden, Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft sowohl als auf Erfüllung der Unterstützungspflicht (§ 71).

[2]) Vgl. Anmerk. 3 zu § 71.

Anmerk. Nach dem Obervazer L. B. (Art. 74) hatte der Schwängerer die Geschwächte „zu unterhalten von der Zeit daß die That an Tag kommt bis die kindbette fürüber ist."

§ 73.

Beweis der Vaterschaft.

Die Vaterschaft des Beklagten ist als erwiesen anzusehen, wenn die Klägerin beweist, daß jener innert dem Zeitraum von dem 300ten bis zum 220ten Tage vor der erfolgten Niederkunft [1]) mit ihr fleischlichen Umgang gepflogen, [2]) es sei denn, daß der Beklagte seinerseits den Beweis leiste, [3]) entweder:

1. daß er zeugungsunfähig sei; oder
2. daß die Beschaffenheit des Kindes mit dem von der Klägerin angegebenen Zeitpunkt der Schwängerung nicht in Einklang stehe; [4]) oder
3. daß die Klägerin während des gedachten Zeitraumes auch mit andern Männern fleischlichen Umgang gepflogen habe; oder
4. daß sie als öffentliche Dirne gelebt oder sonst gewohnheitsgemäß sich auch andern Männern preisgegeben habe. [5])

[1]) Der Entwurf hatte (wie in § 57) den Zeitraum vom 300sten bis zum 200sten Tag festgesetzt. Da ein 7 Monate (oder 210 Tage) altes Kind in der Regel schon lebensfähig ist, dürfte obige, von der zweiten Kommission beliebte Frist wohl zu eng begrenzt sein.

[2]) Diesen Beweis wird die Klägerin in der Regel durch die Zugeständnisse des Beklagten oder durch ihren Eid (§ 74) leisten.

[3]) Dieser, dem Beklagten zustehende Beweis ist als ein Gegenbeweis anzusehen, wodurch der allfällig von der Klägerin geleistete Beweis wieder aufgehoben wird.

[4]) Der Gegenbeweis sub 1 und 2 wird durch Experten erbracht werden müssen.

[5]) Der Zusatz „oder sonst gewohnheitsgemäß" u. s. w. wurde durch die zweite Kommission beschlossen, um eine Person anzudeuten, die zwar nicht (wie von einer „öffentlichen Dirne" vorauszusetzen) gewerbsmäßig einem Jeden, sondern mit einer gewissen Auswahl, immerhin aber (z. B. als Kellnerin) häufig genug sich preiszugeben pflegt. Indeß wird dem Beklagten laut Ziff. 3 und 4 doch nur der alternative Beweis offen stehen: daß sie mit bestimmten Mannspersonen während des gedachten Zeitraums Umgang gepflogen habe, oder daß sie notorisch eine Hure sei, daher jener Zusatz praktisch mit dem ersten oder mit dem zweiten Falle wohl zusammentreffen muß.

§ 74.

Bestätigungseid.

Wenn die Klägerin den ihr laut § 73 obliegenden Beweis weder durch das Geständniß des Beklagten noch auf andere genügende Weise zu erbringen vermag, und auch der Beklagte keinen Gegenbeweis führte, kann sie unter folgenden Voraussetzungen zum Bestätigungseide zugelassen werden:

1. daß ihre Angaben an sich nicht verdächtig erscheinen und durch anderweitige Umstände unterstützt werden, wie namentlich, [1]) daß sie dem Beklagten zeitig von ihrer Schwangerschaft Kenntniß gegeben und ihn auch Dritten gegenüber, besonders bei ihrer Niederkunft, als Urheber derselben bezeichnete; und
2. daß sie einen guten Leumund genieße. [2])

[1]) Es sollen hiemit blos die Umstände angedeutet werden, welche besonders geeignet sein möchten, die Behauptung der Klägerin zu unterstützen, nicht aber sollen dieselben als nothwendiges Erforderniß gelten. Das Ermessen des Richters soll in keiner Weise beschränkt werden, doch wird er wohl thun, Vorsicht zu üben.

[2]) Wenn die Klägerin schon ein- oder mehrmals sich verfehlte, so wird sie zwar bloß aus diesem Grunde nicht unbedingt von dem Bestätigungseide ausgeschlossen sein, indem ihr Leumund deßhalb nicht immer geradezu als schlecht bezeichnet werden kann; immerhin aber wird sie vermöge solcher Fehltritte eines Leichtsinns geziehen werden, der um so mehr auch ihre Glaubwürdigkeit schwächt, je öfter sie sich wiederholten.

§ 75.

Eidesformel.

Die Klägerin hat den Eid, zu dem sie zugelassen worden, nachdem sie nöthigenfalls von dem Ortspfarrer über dessen Bedeutung unterrichtet worden, nach folgender Formel zu leisten:

„Ich schwöre zu Gott dem Allwissenden, daß N. N. (Name des „Beklagten) zu der von mir angegebenen Zeit mit mir fleischlichen „Umgang gepflogen, und daß ich während des Zeitraums von dem „300 bis zum 220ten Tage vor meiner Niederkunft mit keinem „andern Manne unerlaubten Umgang hatte." (Dieser Zeitraum soll in der Regel in der Eidesformel durch Angabe der Kalendertage näher bezeichnet werden.)

§ 76.

Reinigungseid.

Dem richterlichen Ermessen ist es vorbehalten, wenn die Klägerin den ihr laut § 73 obliegenden Beweis nicht führen oder zu dem Bestätigungseide nicht zugelassen werden kann, entweder dieselbe abzuweisen oder dem Beklagten den Reinigungseid [1]) in dem Sinne aufzuerlegen, daß dieser beschwöre, er habe weder zu der von der Klägerin angegebenen Zeit noch überhaupt während des Zeitraums von dem 300sten bis zum 220sten Tage vor ihrer Niederkunft mit ihr fleischlichen Umgang gepflogen.

[1]) Die Erfahrung lehrt daß in Vaterschaftssachen die Weibspersonen durchgängig viel wahrhafter sind als die Mannspersonen und daß es in der Regel gewagt ist, letzteren einen Eid anzuvertrauen. Der Richter wird daher, um die Abschwörung falscher Eide möglichst zu verhüten, meist besser thun, die Beklagte, wenn sie den ihr obliegenden Beweis nicht genügend erbracht hat und ihr der Eid nicht anvertraut werden kann, einfach abzuweisen, als den Reinigungseid zu erkennen. Der ursprüngliche Entwurf hatte den Reinigungseid gänzlich fallen gelassen.

Ohne Zweifel wäre die gänzliche Beseitigung der Eide sehr wünschbar, allein kaum anders thunlich, als wenn das Gericht in Vaterschaftssachen, gleichsam als jury, nach freier moralischer Ueberzeugung erkennen dürfte — ein Verfahren, das wieder seine eigenthümlichen Gefahren hätte.

§ 77.

Wenn der Schwängerer stirbt.

Gegen einen Verstorbenen kann kein Paternitätsurtheil erlassen

werden,[1]) wohl aber können dessen Erben, jedoch nur auf Grund eines erwiesenen Eheverlöbnisses zwischen ihm und der Klägerin[2]) oder einer schriftlichen Anerkennung der Vaterschaft durch den Verstorbenen,[3]) zu Erfüllung der mit der Vaterschaft verbundenen Verpflichtungen angehalten werden.

[1]) Es ist dieses somit der Fall, selbst wenn der Beklagte erst während des Prozesses stirbt. Die Vaterschaft hat eine so ausgezeichnet persönliche Beziehung zu dem Beklagten, daß mit des letzteren Tode gewissermaßen der Gegenstand der Klage dahin fällt. Hiezu kommt das Anstößige der levis macula, die durch ein Paternitätsurtheil dem Namen des Todten angehängt würde.

[2]) Ein erwiesenes Eheverlöbniß rechtfertigt die Vermuthung, daß die Schwängerung von dem Verlobten herrühre. Der Gegenbeweis, z. B. daß der Verlobte während der Zeit, aus welcher die Schwängerung rühren muß, sich gar nicht im Lande befand, bleibt den Erben natürlich vorbehalten. Das Eheverlöbniß muß sofort und unzweifelhaft erwiesen werden, was in der Regel nur möglich sein wird durch schriftliche Erklärungen des Verstorbenen, durch das Zugeständniß der beklagten Erben oder durch Notorietät.

[3]) Wird die Aechtheit der schriftlichen Erklärungen des Verstorbenen bestritten, so muß deren Erhärtung (etwa mittelst Schriftvergleichung) der Klägerin vorbehalten bleiben.

§ 78.

Gegenrecht.

Einer Kantonsfremden wird die Vaterschaftsklage in hiesigem Kanton nur in so weit gestattet, als in ihrem heimathlichen Staate Vaterschaftsklagen von Bündnerinnen auch angenommen würden.[1]) Im Zweifelsfalle kann eine amtliche Bescheinigung hierüber verlangt werden.

[1]) Sehr zu bezweifeln ist die Anwendbarkeit dieser Vorschrift gegenüber hier niedergelassenen Bürgerinnen eines Kantons, in welchem z. B. nach dem Grundsatz des französischen Rechts Vaterschaftsklagen überhaupt unzulässig sind, und wohl auch gegenüber Angehörigen vergegenrechteter Staaten, Angesichts des § 48 der Bundesverf. und der Bestimmungen der einschlägigen Staatsverträge (wonach Angehörige von Frankreich, Sardinien, England und den Ver. St. von Nordamerika den Schweizerbürgern im Privatrechte gleichgestellt sind). Indeß können Kollisionen hieraus nicht entstehen, da laut § 2 dieses Ges. die Bundesgesetze sowohl als Staatsverträge ein- für allemal vorbehalten sind.

§ 79.

Sicherstellung.

Ist der Beklagte ein Angehöriger eines fremden, nicht vergegenrechteten Staates, so kann das Gericht, und zwar auch während hängendem Prozesse, ihn zu Leistung einer angemessenen Sicherheit für Erfüllung der ihm etwa gegen sein Kind oder dessen Mutter obliegenden Verpflichtungen anhalten, nöthigenfalls auch Ausweisschriften und Vermögen desselben mit Beschlag belegen. Das nämliche Verfahren kann in Anwendung gebracht werden gegen Schweizerbürger und Angehörige vergegenrechteter Staaten, wenn Grund zu

Verdacht vorliegt, daß sie sich widerrechtlich jenen Verpflichtungen zu entziehen beabsichtigen. [1])

[1]) Im Allgemeinen sind aufrechtstehende Schweizerbürger (und somit auch Angehörige vergegenrechteter Staaten) für Zivilforderungen nur an ihrem Wohnorte belangbar und darf daher ihr natürlicher Gerichtsstand nicht durch Arrestlegungen verändert werden (Art. 50 der B. V.). Es erleidet dies aber in dem Falle eine selbstverständliche Ausnahme, wenn aus den Umständen die Absicht des Schuldners hervorgeht, durch Veränderung seines Domizils oder durch den Wegzug seines Vermögens sich der Erfüllung seiner rechtlichen Verpflichtungen zu entziehen. Nach unserm Gesetze über „Sequester und Arrest" (§ 5) kann der Arrest sogar in allen Fällen gelegt werden, in welchen für den Gläubiger „augenscheinliche Gefahr der Verkürzung" vorhanden ist. Nur versteht es sich von selbst, daß man, um dem § 48 der B. V. gerecht zu sein, die kantonsfremden Schweizerbürger den Kantonsangehörigen gleich zu halten hat. — Unser früheres Paternitätsges. ließ gegenüber Fremden sogar persönliche Haft zu. Es wurde diese aber nie in Anwendung gebracht, wie sie denn auch eine eben so unpraktische als eine für blose Zivilforderungen in unserem Rechte exzeptionelle Maßregel ist.

§ 80.

Gerichtsstand.

Die zu Beurtheilung der Vaterschaftsklage zuständige Behörde ist das Gericht desjenigen Kreises, in welchem die Schwängerung angeblich stattgefunden. [1])

[1]) Wohl die meisten schweizerischen Gesetzgebungen statuiren als Gerichtsstand den Wohnort des Beklagten (Vgl. Soloth. Ges. § 281, Luzerner Ges. § 81, Aargauer Ges. § 200), das Zürcher Ges. dagegen (§ 287) den Wohnort der Klägerin. Für das forum delicti (des begangenen Unzuchtsvergehens) spricht dagegen:

a) daß dasselbe bei uns altes Recht ist;

b) die Möglichkeit, die Beurtheilung der Vaterschaftsklage meist mit der polizeilichen Beurtheilung des Unzuchtsvergehens zu verbinden (s. § 82);

c) die meist größere Leichtigkeit für die Klägerin, am Orte des Deliktes die Vaterschaftsklage und allfällige Beweise zu ihren Gunsten geltend zu machen.

Wenn der Beischlaf in mehreren Kreisen erfolgte, steht es demnach der Klägerin frei, aus welchem Beischlaf sie die Vaterschaftsklage herleiten und somit auch, bei welchem der konkurrirenden Kreisgerichte sie dieselbe anhängig machen will.

§ 81.

Verfahren.

Der gerichtlichen Behandlung soll die Dazwischenkunft des zuständigen Vermittlungsamtes zu dem Zwecke vorausgehen, um den Beklagten zur Anerkennung der Vaterschaft für den Fall, daß er derselben schuldig wäre, zu bewegen und ein gütliches Einverständniß über dessen Leistungen zu erzielen. Anerkennungen der Vaterschaft vor dem Vermittler sind von diesem schriftlich abzufassen und sind alsdann für den Anerkennenden verbindlich. [1])

Die Kreisgerichte entscheiden über Vaterschaftsklagen unweiterzüglich und zwar ohne Vertröstung für die Gerichtskosten. [2])

[1]) Auf diese Anerkennung der Vaterschaft vor dem Vermittler gestützt, wird demnach die Klägerin jeder Zeit (d. h. innert der ordentlichen Verjährungsfrist) sowohl

den Beitrag zu den Unterhaltungs- und Erziehungskosten (§ 71) einklagen als die Schadensklage (§ 72) abgesondert anstellen können. Eine vorausgehende Vermittlung dürfte oft wegen der geringeren Publizität erfolgreicher als eine gerichtliche Behandlung und daher für die Klägerin von erheblichem Werthe sein. Ein vor Vermittleramt kanntlich gestellter Vater würde dann durch freiwillige Leistung der statutarischen Unzuchtsbuße jeder weitern gerichtlichen Behandlung der Angelegenheit entgehen. — Nach dem Zürcher Ges. § 287 ist die Klage beim Pfarramt anhängig zu machen.

[2]) Die meisten der auf Anerkennung der Vaterschaft klagenden Weibspersonen gehören der unvermöglichen und sogar dürftigen Klasse an; sollen sie daher zu ihrem Recht gelangen können, so muß das Verfahren summarisch und darf für sie nicht mit Kosten verbunden sein. Da übrigens mit der Vaterschaftsklage meist auch das Unzuchtsvergehen beurtheilt werden wird, so wird die Gerichtskasse in den zu erkennenden Polizeibußen und den mit Rücksicht auf die Beurtheilung des Polizeivergehens etwa aufzuerlegenden Gerichtskosten, sofern an den Gebußten etwas zu erholen ist, einige Entschädigung finden. — Die nämlichen Grundsätze galten im Grunde auch zufolge unseres früheren Paternitätsgesetzes; nur waren sie ein Ausfluß des exofficio-Verfahrens.

§ 82.
Aczessorische Fragen.

In Verbindung mit der Vaterschaftsklage und den damit verbundenen Zivilfragen beurtheilen die Kreisgerichte das begangene Unzuchtsvergehen nach Maßgabe der bestehenden polizeilichen Vorschriften, wofern diesfalls nicht schon polizeilich eingeschritten wurde. [1])

Nöthigenfalls ist auch der zuständigen Vormundschaftsbehörde geeignete Anzeige behufs Bevogtung des Kindes zu machen.

[1]) Das Unzuchtsvergehen kann auf dem Polizeiwege unabhängig von der Vaterschaftsklage beurtheilt werden; und es muß dies abgesondert geschehen so oft die Vaterschaftsklage gar nicht angestellt wird. Wurde aber letztere anhängig gemacht, so wird man zum Zwecke der Vereinfachung den Polizeifall aczessorisch mit der Vaterschaftssache zu verbinden suchen. Es versteht sich übrigens, daß eine weitgehende Inquisition zum Zwecke der Ermittlung des Schwängerers, nur um diesen nicht ungestraft ausgehen zu lassen, keineswegs gerechtfertigt wäre.

§ 83.
Unterstützungspflicht.

Mit Bezug auf das Recht und die Pflicht zur Unterstützung stehen die unehelichen Kinder gegenüber ihrer Mutter, deren Aszendenten und sonstigen Kindern den ehelichen Kindern (§ 68) gleich. [1])

[1]) Das uneheliche Kind tritt nämlich in die Familie der Mutter, somit auch mit Bezug auf die Unterstützung in die gleichen Rechten und Pflichten wie die ehelichen.

§ 84.
Legitimation.

Ein uneheliches Kind kann legitimirt, d. h. in allen rechtlichen Beziehungen [1]) einem ehelichen gleichgestellt werden:

1. Durch die nach seiner Geburt erfolgende Verehelichung des Vaters und der Mutter, unter der Voraussetzung jedoch,

daß ersterer, wenn seine Vaterschaft nicht schon ausgemittelt oder von ihm rechtlich anerkant sein sollte, dieselbe vor dem Ausschusse seines heimathlichen Konsistorialgerichtes anerkenne. Sollte das Kind dannzumal mit Hinterlassung ehelicher Nachkommenschaft schon verstorben sein, so erwirbt letztere durch jene Verehelichung und jene Anerkennung die Rechte ehelicher Enkel. [2])

2. Durch ein Dekret des Konsistorialgerichtes der Konfession und der Heimath des Vaters, wenn das Kind unter einem Eheverlöbniß erzeugt wurde, die Ehe aber nicht zu Stande kam (Brautkind). [3]) In die Vormundschaft des Vaters tritt jedoch das so legitimirte Kind nur mit des erstern Willen.

3. Nach dem Tode der Mutter durch eine von dem schon vorher der Vaterschaft Ueberwiesenen oder kanntlich Gewesenen vor seinem heimathlichen Konsistorialgericht abgegebene Erklärung, daß er das Kind als ehelich anerkenne, vorausgesetzt, daß dannzumal keinerlei gesetzliches Hinderniß der Eingehung der Ehe zwischen ihm (dem Vater) und der Verstorbenen entgegenstünde. [4])

[1]) Somit auch im Erbrecht und im Bürgerrecht. Sollte das legitimirte Kind ein anderes Bürgerrecht als der Vater besessen haben, so verliert es demnach durch seine Legitimation sein früheres Bürgerrecht und erwirbt dasjenige des Vaters.

[2]) Die Legitimation durch nachfolgende Ehe (per subsequens matrimonium) bestand schon zufolge unseres früheren reform. Eheges. (Art. 51). — Die so legitimirten Kinder hießen im deutschen Rechte „Mantelkinder", weil sie die Mutter bei der Trauung unter ihren Mantel zu nehmen hatte.

[3]) Auch diese Legitimationsart war von unserm ref. Ehegesetz (Art. 16), das jedoch die zu Erlassung des Legitimationsdekretes kompetente Behörde nicht benannte, vorgesehen.

In diesem Falle wird vorausgesetzt, daß Vater und Mutter zwar einander nicht ehelichen wollen oder können, daß sie aber erwiesener Maßen zu einer Zeit, in welche die Erzeugung des Kindes fallen muß, mit einander ehelich verlobt waren. Die beiderseitige Erklärung, mit einander verlobt gewesen zu sein, wird, wenn die übrigen Umstände nicht dagegen sprechen, in der Regel zum Beweise der Verlobung genügen. Wäre dagegen der Vater gestorben, so könnte die Mutter das Eheverlöbniß nur unter der Voraussetzung des § 22 erweisen; doch ist in solchem Fall dem Richter Vorsicht zu empfehlen.

[4]) Die stillschweigende Voraussetzung des Gesetzes ist hiebei, daß der Vater die Verstorbene, wenn sie gelebt hätte, geheirathet haben würde, daher es das Kind den Zufall, daß es seine Mutter durch den Tod verlor, mit Bezug auf dessen Legitimation nicht entgelten lassen will. Freilich kann auch der uneheliche Vater, der die Verstorbene niemals zu ehelichen beabsichtigte, nicht gehindert werden, sein Kind zu legitimiren, sofern obigen ausdrücklichen Erfordernissen ein Genüge geschehen ist. Das Zürcher Ges. (§ 253) erweitert diese Legitimationsart bedeutend und läßt sie namentlich auch bei verheiratheten Männern zu. Das Luz. Ges. (§ 105) ertheilt in diesem Falle das Legitimationsrecht dem Gr. Rath. Das Berner Ges. (§ 167) gestattet jedem unehelichen Vater, sich das Kind durch das Ehegericht mit Beistimmung seiner Heimathgemeinde zusprechen zu lassen.

VII. Findelkinder.

§ 85.

Welcher Gemeinde sie zufallen.

Kinder, die gefunden werden, ohne daß deren Eltern oder Heimath ermittelt werden können (Findelkinder), [1]) fallen, für so lange bis jene oder diese bekannt werden, derjenigen Gemeinde, auf deren Gebiet sie gefunden wurden, als heimathberechtigt und zur Versorgung und Erziehung anheim, mit Vorbehalt des Rückgriffs für die gehabten Auslagen an den etwa später entdeckten Eltern, beziehungsweise an der später ermittelten Heimath des Kindes.

[1]) In der Regel werden Findelkinder Säuglinge sein, namentlich ausgesetzte. Doch kann es sich auch um ältere Kinder handeln; man denke z. B. an den Fall des Casp. Hauser.

§ 86.

Beitrag des Staates.

An der einer Gemeinde durch Einbürgerung eines Findelkindes erwachsenen Last trägt der Staat, nachdem es von der Gemeinde drei Jahre lang verpflegt worden, [1]) und zwar mit demselben Rückgriff wie diese, zwei Dritthelle derjenigen Bürgereinkaufstaxe, welche von den Heimathlosen zufolge des Gesetzes über Heimathlosigkeit zu entrichten ist. [2])

[1]) Daß die Versorgung eines Findlings zunächst der Gemeinde, auf deren Gebiet es betroffen wird, anheimfalle, liegt in der Natur der Sache. Allein unbillig wäre es, wenn der Findling längere Zeit am Leben bleibt, die Gemeinde allein einen solchen Zufall tragen zu lassen, daher dem Staate zugemuthet wird, für den Fall, daß der Findling länger als drei Jahre noch am Leben bleiben sollte, einen Beitrag zu leisten.

[2]) Da die Angehörigen zufolge Gesetzes über Heimathlosigkeit sich um die Hälfte der ordentlichen Bürgereinkaufstaxe in das Bürgerrecht einkaufen können, so würde demnach der Beitrag des Staates in $^2/_6$ oder $^1/_3$ der ordentlichen Bürgereinkaufstaxe bestehen. Daß der Findling in der Fundgemeinde bürgerliche Rechte erwirbt, versteht sich von selbst. Vgl. Zürch. Ges. § 314—§ 316.

Anmerk. Im Familienrecht wäre auch die Adoption (Annahme an Kindes Statt) zu behandeln gewesen, sofern man ihr, nach Vorgang des Zürch. Ges. in unserm Rechte hätte eine Stelle einräumen wollen. Allein ohne im Geringsten den sozialen und moralischen Werth dieses Institutes zu verkennen, fanden dennoch beide Kommissionen in Uebereinstimmung mit dem Entwurf, daß damit zu tief in die ziemlich rigurosen Begriffe unseres Volkes von der auf Blutsverwandtschaft beruhenden Kindschaft und Erbberechtigung eingebrochen würde, daher man es vorzog, davon Umgang zu nehmen.

Zweites Kapitel.

Die juristischen Personen.

§ 87.

Ihre hauptsächlichsten Arten.

Juristische Personen [1]) sind alle Rechtssubjekte, welche nicht physische Personen sind (§ 4).

Ihre hauptsächlichsten Arten sind: Korporationen, Genossenschaften und Stiftungen. [2])

Eine Korporation ist eine Mehrheit von Menschen, die nur als Gesammtheit gewisse Rechte hat und sie mit einem einheitlichen Willen ausübt. [3])

Eine Genossenschaft ist eine korporative Verbindung von Menschen, welche an dem Genossenschaftsgut selbständige Nutzungs- oder Theilrechte besitzen. [4])

Von den Gesellschaften sind nur die Aktiengesellschaften als eigentliche Genossenschaften, die übrigen aber nach den Grundsätzen des Gesellschaftsvertrages (§ 437 bis 447) zu beurtheilen.

Eine Stiftung, sofern sie überhaupt eine juristische Person darstellen soll, ist keine Verbindung physischer Personen, sondern ein besonderer, einem selbständigen Zwecke gewidmeter und mit eigener Verwaltung ausgerüsteter Vermögenskomplex. [5])

Juristische Personen können entweder blos privatrechtlicher Natur sein oder einen öffentlichen Charakter haben, je nachdem sie einen nur privatrechtlichen oder einen öffentlichen d. h. irgend einen gemeinheitlichen, sei es politischen, sei es Bildungs- oder Unterstützungszweck haben.

[1]) Die schärfere Ausbildung des Begriffes der juristischen (moralischen, ideellen, mystischen) Person und ihrer verschiedenen Gattungen ist eine Frucht des neueren Rechtes, welches aber nicht eher zu diesem Fortschritt gelangte, als nachdem es sich von dem engbegrenzten Begriff des römischen Rechts über die juristische Person freigemacht und unbefangen die entsprechenden mannigfaltigen Bildungen des altdeutschen sowohl als des neueren Rechtslebens zu würdigen gelernt hatte. Eine Frucht dieser sachlichen Prüfung war es namentlich, daß man die Genossenschaft von der Korporation unterscheiden lernte und auch nicht weiter Anstand nahm, den Stiftungen eine juristische Persönlichkeit zuzusprechen.

Diese juristischen Personen sind gleichsam künstliche Rechtssubjekte, die, obwohl nicht sinnlich wahrnehmbar, sondern nur in der Idee und durch eine Rechtsfiktion bestehend, dennoch das Recht und die Fähigkeit besitzen, sowohl Rechte

zu erwerben als Verbindlichkeiten einzugehen. Nach Maßgabe der täglich sich mehr ausbreitenden Assoziationen gewinnt auch der Begriff der juristischen Person an Bedeutung und es gehört nicht zu den geringsten Verdiensten des Zürch. Gesetzb., daß es (§§ 19 bis 58) zuerst die juristischen Personen sorgfältig und einläßlich, obwohl nicht ganz erschöpfend und zum Theil mit fremdartigen Materien vermischt, behandelte.

²) Es sind freilich juristische Personen gedenkbar, welche zwischen diesen Gattungen Uebergänge bilden und zu keiner derselben ganz unbedingt gehören.

³) Die Korporation setzt eine Anzahl (mindestens zwei) Menschen voraus, die nur gemeinschaftlich und mittelst eines Kollektivwillens ihre Rechtsfähigkeit beurkunden. Dahin gehören vor Allem die Gemeinden und der Staat selbst. Dem römischen Recht war so ziemlich nur die Korporation (universitas, collegium) als juristische Person bekannt.

⁴) Die Genossenschaft bildet den Uebergang von der Korporation zum Miteigenthum. Sie unterscheidet sich wesentlich von ersterer dadurch, daß den Genossen ein selbständiges Nutzungsrecht an dem Genossenschaftsgut zusteht, und von dem Miteigenthum durch dessen Verdichtung zum Gesammteigenthum, wovon die nächste Folge ist, daß Seitens der einzelnen Genossen nicht auf Theilung des Genossenschaftsgutes geklagt werden kann. Man vergleiche über die mit Rücksicht auf das Eigenthums- und Verwaltungsrecht zu Tage tretenden Unterschiede zwischen Korporation, Genossenschaft und Miteigenthum die §§ 208 bis 214.

⁵) Am unzweideutigsten tritt der ideelle Charakter der juristischen Personen bei den Stiftungen zu Tage, indem diese juristischen Personen nicht einmal (wie Korporationen und Genossenschaften) aus wirklichen menschlichen Individuen zusammengesetzt sind, vielmehr ihre Persönlichkeit ausschließlich auf der, einem bestimmten Vermögen ertheilten dauernden Zweckbestimmung beruht, daher eine durchaus künstliche ist Immerhin muß eine Stiftung (z. B. eine mit eigenen Fonds versehene Erziehungs- oder Kranken-Anstalt), um eine handlungsfähige juristische Person darstellen zu können, als Organ für ihren Rechtswillen eine selbständige Verwaltung besitzen, welcher es zusteht, auf den Namen der betreffenden Anstalt z. B. Käufe und Verkäufe und anderweitige Verträge abzuschließen. Im ursprünglichen Entwurf war die Stiftung definirt als eine „einem selbständigen Zwecke gewidmete und zu dessen Erreichung mit eigenem Vermögen ausgestattete Anstalt, die als Rechtssubjekt ihren Willen durch das Mittel ihrer Verwaltung äußert.“ Es ist demnach klar, daß nicht jedes Legat zu öffentlichen Zwecken, obwohl es gemeinhin als Stiftung bezeichnet werden mag, eine wirkliche juristische Person ist.

§ 88.

Deren Rechtsfähigkeit.

Die obgedachten juristischen Personen sind, soweit es ihr Zweck erheischt oder zuläßt, in ihrer Rechtsfähigkeit den physischen Personen gleichgestellt. ¹) Sie bedürfen zwar (mit Vorbehalt besonderer Staatsgesetze) zu ihrer Entstehung der staatlichen Genehmigung nicht, ²) wohl aber ist die Regierung befugt, von ihren Statuten beziehungsweise Stiftungsurkunden Einsicht zu nehmen und je nach Umständen deren Bekanntmachung zu verlangen oder anzuordnen.

Korporationen, Genossenschaften und Stiftungen zu unsittlichen und strafbaren Zwecken erlangen keine Rechtsfähigkeit. ³)

¹) Demnach können dieselben Besitz ausüben, in vermögensrechtlicher Beziehung durch Verträge Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, erstere auf dem Rechtswege geltend machen und um letzterer willen auch, gleich einem handlungsfähigen Menschen, betrieben werden. Vorbehalten bleibt selbstverständlich eine allfällige statutarische oder gesetzliche höhere Genehmigung

[2]) In den meisten Staaten wird zur Entstehung juristischer Personen die Genehmigung der Staatsbehörden erfordert. Das Zürch. Ges. (§ 19 und 56) verlangt sie für alle staatlichen und kirchlichen Korporationen und die der Oberaufsicht der Regierung unterstellten Stiftungen. Bei uns ist man einer solchen Zentralisation abgeneigt. Doch bedarf z. B. die Bildung neuer politischer Gemeinden (kraft Ges. über die Eintheilung des Kantons von 1850) der höheren Sanktion. Unter Umständen dürfte es freilich im Interesse einer Stiftung liegen, eine förmliche staatliche Anerkennung zu erlangen.

[3]) Ein Bordell z. B. dürfte niemals sich als Stiftung geltend machen und könnte daher auch nicht gültig Verträge schließen.

§ 89.

Deren Organisation.

Die Organisation der erwähnten juristischen Personen wird zunächst durch ihre Statuten, beziehungsweise ihre Stiftungsurkunde, bestimmt.

Zur Gültigkeit von Schlußnahmen, sei es einer Korporation oder Genossenschaft, sei es eines Korporations-, Genossenschafts- oder Stiftungsvorstandes (wofern nämlich dieser aus mehreren Individuen besteht) wird erfordert: daß sämmtliche stimmfähige Mitglieder, sei es der ersteren, sei es des letzteren, zu der betreffenden Versammlung geladen wurden. [1]) Für gültige Schlußnahmen ist ferner im Zweifel [2]) erforderlich: mit Rücksicht auf Korporationen und Stiftungen sowie für Genossenschaftsvorstände die absolute Mehrheit der Stimmenden; mit Rücksicht auf die Genossenschaftsversammlungen die Zustimmung der, die Mehrheit der repräsentirten Theilrechte vertretenden Genossen. [3])

[1]) Der von der ersten Kommission beigefügte Zusatz, daß dies nur „im Zweifel“ d. h. blos dann zu gelten habe, wenn die Statuten der betreffenden juristischen Person nicht anders verfügen, wurde von der zweiten Kommission gestrichen, indem dieselbe von der Ansicht ausging, daß dieser Grundsatz als Grundbedingung der Organisation jeder juristischen Person anzusehen sei.

[2]) Dieser Grundsatz gilt somit nur in so fern und in so weit, als die Statuten nicht abweichend verfügen

[3]) Wenn also ein Genossenschaftsgut in eine Anzahl Nutzungsrechte (z. B. eine Alp in eine Anzahl Kuhweiden) abgetheilt ist, so entscheidet, wenn die Genossenschaftsstatuten oder das Herkommen im gegebenen Fall nicht anders bestimmen, bei den betreffenden Schlußnahmen nicht die Mehrheit der Stimmenden (wie in den Korporationsversammlungen und in den Stiftungsverwaltungen), sondern die Mehrheit der Kuhweiden, welche bei der betreffenden Abstimmung vertreten sind. Bekanntlich enthalten die Statuten der Aktiengesellschaften über diesen Punkt meist einläßliche und zum Theil abweichende Bestimmungen.

§ 90.

Deren Haftbarkeit.

Juristische Personen sind für Rechtsgeschäfte, welche ihre Vorstände oder einzelne Mitglieder derselben mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse für jene eingingen, nicht weiter haftbar, als sie dadurch

bereichert wurden.[1]) Vorbehalten bleiben hiebei hinsichtlich der Aktiengesellschaften die Bestimmungen des § 449.

[1]) Es kommen hier somit die Grundsätze des Mandates in Anwendung (vgl. § 391).

Dieser Grundsatz ist wichtig zum Schutze juristischer Personen (besonders auch von Gemeinden) gegen Kompetenzüberschreitungen ihrer Vorgesetzten. Wenn die Befugnisse der Vorstände (wie das in unsern Gemeinden meist der Fall ist) nicht statutarisch genügend abgegrenzt sind, so wird die Uebung entscheiden müssen, was freilich unter Umständen Schwierigkeiten haben kann. Wer daher mit Vorständen von juristischen Personen Rechtsgeschäfte eingehen will, wird wohl thun, sich vorerst um deren Befugnisse zu erkundigen.

Die Haftbarkeit für die Bereicherung folgt schon aus § 467. Vgl. Anmerk. 4 zu § 44.

§ 91.

Austritt und Klagerecht von Korporationsmitgliedern.

Jedem Mitgliede einer Korporation oder Genossenschaft steht es (mit Vorbehalt der politischen Gesetze [1]) frei, nach Erfüllung der ihm gegen dieselbe obliegenden Verpflichtungen, aus ihrem Verbande auszutreten.[2])

Auch steht jedem Mitgliede ein Klagrecht gegen Schlußnahmen der Korporation oder Genossenschaft, wodurch es sich in seinen wohlerworbenen Rechten verletzt glaubt,[3]) nicht aber eine Klage auf Theilung des Korporations- oder Genossenschaftsgutes[4]) zu.

[1]) Es kann z. B. Niemand sein Bürgerrecht aufgeben, bevor er sich ein anderes erworben, indem Niemand sich heimathlos machen darf.

[2]) Es kann also Einer z. B. allerdings aus einem Gemeindeverband austreten, sofern er sich ein anderes Bürgerrecht erwarb. Allein er hat vorerst die etwa bis dahin fällig gewordenen Steuern und Abgaben zu entrichten.

[3]) Die Korporationen und Genossenschaften können nur über die Interessen der Gesammtheit gültig verfügen, nicht aber in die besonderen Rechte der einzelnen Genossen übergreifen. So könnte sich z. B. der Inhaber einer Kuhweide in seinem Sonderrechte verletzt finden, wenn die Genossenschaft ihn in der Ausübung seines Alprechtes beschränken oder verhindern wollte. Ueber solche Anstände einzelner Genossen mit der gesammten Korporation oder Genossenschaft entscheiden die ordentlichen Gerichte, so weit nicht die Administrativbehörden kompetent sind.

[4]) Die Theilungsklage ist hier ausgeschlossen, weil die einzelnen Genossen nicht Miteigenthümer sind, vielmehr das Eigenthum lediglich der Korporation oder Genossenschaft, als juristischer Person, zusteht.

§ 92.

Aufsicht über öffentliche juristische Personen.

Oeffentliche juristische Personen, die nicht eigentliche Gemeinden sind,[1]) stehen zunächst unter der Aufsicht derjenigen Gemeinden, zu deren Gunsten sie gegründet wurden.[2]) Wurden sie in einem allgemeinen Interesse gegründet, so stehen sie unter der Aufsicht der politischen Landesbehörden,[3]) beziehungsweise, wenn sie einen konfessionellen Charakter haben, unter derjenigen der betreffenden konfessionellen Abtheilungen und der Oberaufsicht des Staates.[4])

Die Aufsicht schließt das Recht in sich, gegen statuten- und stiftungswidrige Mißbräuche der betreffenden juristischen Personen einzuschreiten, sowie, wenn ihnen Untergang droht, geeignete Maßregeln zu Ermöglichung ihres Fortbestandes zu ergreifen. [5])

[1]) Hinsichtlich der Aufsicht über Gemeinden verfügen die Staatsgesetze.

[2]) Wenn also speziell für eine Gemeinde eine Krankenanstalt mit besonderer Verwaltung gegründet wurde, so steht dieselbe zunächst unter Aufsicht der betreffenden Gemeinde. Wurde sie speziell für einen Kreis gegründet, so wird die Aufsicht über dieselbe analog den betreffenden Kreisbehörden zustehen.

[3]) So steht z. B. die Hosang'sche Stiftung unter der Aufsicht der Landesregierung.

[4]) Demnach wird z. B. ein Kloster zunächst unter Aufsicht des Corpus cathol. und in zweiter Linie unter derjenigen der politischen Staatsbehörden stehen. Der ursprüngliche Entwurf und mit ihm die erste Komission hatten sich mit der Oberaufsicht der konfessionellen Behörden begnügt, von der Ansicht ausgehend, daß konfessionelle Institute ausschließlich den betreffenden Konfessionen anheimgestellt bleiben sollen.

[5]) Wenn z. B. die testamentarischen Verfügungen, welche Hr. Hosang für Bestellung der Verwaltung seiner Stiftung traf, nicht ausreichten, so würde es an der Regierung sein, sie in angemessener Weise im Interesse der Erhaltung der Stiftung zu ergänzen.

§ 93.

Reform öffentlicher Stiftungen.

Wenn öffentliche Stiftungen wegen veränderter Umstände ihren ursprünglichen Zweck nicht mehr erfüllen, so steht der, die Aufsicht darüber übenden Behörde zu, sie mit Zustimmung ihrer Verwaltungen [1]) in dem Sinne zu reformiren, daß ihnen eine ihrem ursprünglichen Zwecke möglichst entsprechende Bestimmung gegeben wird.

[1]) Diese Einschränkung hat ihren Grund in dem Bestreben, einseitigen und gewaltsamen Eingriffen in bestehende Stiftungen vorzubeugen. Vgl. Zürch. Ges. § 45. Eine reformatorische amtliche Einwirkung wird übrigens unter Umständen auch gegenüber öffentlichen Korporationen und Genossenschaften von selbst sich aus den, den Behörden laut § 92 und 95 zustehenden Befugnissen ergeben.

§ 94.

Kreditinstitute.

Auf den öffentlichen Kredit berechnete Institute, mögen sie auf einem Gesellschaftsvertrage beruhen oder zu den Stiftungen gehören [1]) (Banken, Sparkassen, Kredit-, Leih- und Rentenanstalten u. s. w.), sind in ihren Beziehungen zu Dritten als privatrechtliche juristische Personen anzusehen, unterliegen jedoch insofern der Genehmigung und Aufsicht der Regierung, als diese ihnen jederzeit den Nachweis darüber abverlangen kann, daß sie auf solider Grundlage ruhen und die zu Erfüllung der zu übernehmenden oder übernommenen Verpflichtungen erforderliche Gewähr bieten. Sollten sie diesen Nachweis nicht leisten, so kann die Regierung sei es ihnen ihre Genehmigung versagen, sei es, wenn sie schon bestehen, auf Abhülfe dringen oder nöthigenfalls ihre Aufhebung und Liquidation beschließen. Han-

delt es sich um auswärtige Anstalten, so kann ihnen die Agentur im Kanton untersagt oder an Bedingungen geknüpft werden. [2])

[1]) Meist werden solche Anstalten auf einem Aktienvertrage beruhen. Dagegen ist z. B. unsere gegenwärtige Kantonalsparkasse als eine Stiftung anzusehen, da sie auf keinem Gesellschaftsvertrage beruht.

[2]) Diese juristischen Personen, seien sie nun als Genossenschaften oder als Stiftungen anzusehen, haben zwar an sich keinen öffentlichen Charakter im Sinne des § 87 (Schlußlemma), sondern einen blos privatrechtlichen, daher sie an sich (s. §§ 88 u. 92) keiner höheren Aufsicht unterliegen. Indem sie aber auf das öffentliche Vertrauen in hohem Maße Anspruch machen, daher dasselbe auch in hohem Maße mißbrauchen und irreführen können (wie solches z. B. von Seite unserer alten sog. Ersparnißkasse der Fall war), so treten sie dadurch gewissermaßen in die Sphäre der öffentlichen juristischen Personen ein, wenigstens in so weit, als den Landesbehörden die Befugniß eingeräumt werden muß, sich davon zu überzeugen, daß die betreffenden Unternehmungen auf solider Grundlage beruhen d. h. befähigt erscheinen, die einzugehenden Verpflichtungen zu erfüllen und wenn dieses nicht der Fall sein sollte, sie an der Entstehung zu hindern, oder, wenn sie schon bestehen, die drohende Schädigung des kreditirenden Publikums zeitig abzuwenden. Es ist diese Kautel wohl unerläßlich in einer Zeit, in welcher vielfach in selbstsüchtiger schwindelhafter Weise der öffentliche Kredit auszubeuten gesucht wird.

§ 95.

Auflösung einer juristischen Person.

Korporationen (so weit nicht politische Gesetze entgegenstehen), [1]) sowie Genossenschaften können aufgelöst werden durch eine Schlußnahme der Genossen; sie erlöschen von selbst so bald nicht mindestens zwei der letzteren vorhanden sind. [2]) Eine Auflösung öffentlicher juristischer Personen kann auch durch die Staatsbehörden erfolgen, wenn sie ihrem ursprünglichen Zwecke in keiner Weise mehr entsprechen.

[1]) Politische Gemeinden z. B. könnten wohl nicht ohne Genehmigung der Landesbehörden sich auflösen.

[2]) Das röm R. betrachtete die Korporation, wenn auch nur Ein Genosse übrig blieb, als fortdauernd.

[3]) Diese Bestimmung wurde von der zweiten Kommission, entgegen dem Beschlusse der ersten, augenscheinlich zu dem Zwecke aufgenommen, um den Staatsbehörden die Aufhebung von Klöstern zu ermöglichen.

§ 96.

Sukzession der juristischen Personen.

Wenn eine juristische Person, ohne daß über deren Nachfolge gültig verfügt worden wäre, [1]) aufgelöst wird oder erlischt, so fällt ihr Vermögen, wenn sie einen öffentlichen Charakter hatte und zu Gunsten einer Gemeinde [2]) oder einer Konfession [3]) gegründet war, jener oder dieser, sonst aber dem Staate anheim, so jedoch, daß es eine der frühern möglichst verwandte Bestimmung [4]) erhalten soll. [5])

Hatte dagegen die aufgelöste oder erloschene juristische Person keinen öffentlichen Charakter, so fällt ihr Vermögen dem letzten Genossen oder Stiftungsberechtigten zu.

¹) Es versteht sich z. B., daß eine öffentliche juristische Person (Korporation oder Genossenschaft) über ihre Nachfolge nichts in der Art verfügen könnte, daß ihr Vermögen öffentlichen Zwecken entfremdet und etwa blosen Privatinteressen zugewendet würde. Denn das öffentliche Gut folgt dem öffentlichen Zweck.

²) Eben so fiele ihr Vermögen, wenn sie z. B. ein Kreisinstitut gewesen wäre, dem betreffenden Kreise zu. Vgl. Anm. 2 zu § 92.

³) Demnach würde z. B. das Vermögen eines aufgehobenen Klosters dem katholischen Landestheil als Eigenthum zufallen.

⁴) Analog dem Falle des § 93.

⁵) Es ist nicht zu vermeiden, daß unter Umständen sich Streit darüber erheben kann, ob eine erloschene juristische Person einen öffentlichen Charakter hatte und demnach ihr Vermögen dem Gemeinwesen anheimfallen soll oder nicht, wie z. B. in Zürich über das Vermögen des sog. kaufmännischen Direktoriums, in Chur über das Vermögen der Anno 1839 aufgehobenen Zünfte u. s. w.

§ 97.

Das Vermögen aufgelöster oder erloschener juristischer Personen muß, bevor es in andere Hände übergeht, liquidirt werden (§ 138).

Wer solches Vermögen ohne vorausgegangene Liquidation an Hand nimmt (seien es Privaten oder Korporationen oder der Staat), wird mit Rücksicht auf die Schulden der untergegangenen juristischen Person wie ein Erbe behandelt, der eine Erbschaft unbedingt antritt (§ 477).

Zweiter Abschnitt.

Von der obrigkeitlichen Vormundschaft.

§ 98.

Entstehung und Gattungen derselben.

Die obrigkeitliche [1]) Vormundschaft besteht darin, daß physischen oder juristischen Personen, welche die genügende Fähigkeit oder Möglichkeit zu Ausübung ihrer Rechte nicht besitzen und, wenn es physische Personen sind, nicht schon durch elterliche oder eheliche Vormundschaft genügend geschützt sind, von Amtswegen ein Vertreter (Vormund) zu dem Behufe bestellt wird, um an ihrer Stelle Rechte auszuüben. [2])

Die obrigkeitliche Vormundschaft [3]) ist mit Beziehung auf physische Personen entweder **Vogtei**, wenn sie sich auf die Vermögensverwaltung und die Person des Bevormundeten zugleich oder (als Pflegschaft) auch nur auf letztere bezieht; oder **Beistandschaft** (Kuratel) wenn sie dessen blose Vermögensverwaltung beschlägt.

Juristische Personen können nur unter Kuratel versetzt werden.

Die Pflegschaft über Individuen, die gänzlich der öffentlichen Unterstützung anheimgefallen sind, und als solche in der Gewalt der Armenbehörden stehen, ist Gegenstand der Verordnungen über das Armenwesen und fällt daher hier außer Betracht; sie ist aber in ihren privatrechtlichen Beziehungen nach den Grundsätzen der Vogtei zu beurtheilen. [4])

[1]) Im Gegensatz zu der *natürlichen* des Ehemanns über seine Gattin und der Eltern über die Kinder.

[2]) Der Bevormundete wird hiedurch in seiner *Handlungsfähigkeit*, nicht aber in seiner *Rechtsfähigkeit* beschränkt.

[3]) *Vormundschaft* ist in diesem Gesetze als allgemeinste Bezeichnung gebraucht. Dieselbe faßt in sich:

a. Die *Beistandschaft* oder *Kuratel*, zur blosen *Vermögensverwaltung*.

b. Die Pflegschaft, zur Ausübung pflegschaftlicher Rechte über die Person des Bevormundeten, und

c. Vogtei, für Beides zugleich.

Der Einfachheit wegen und zum Anschluß an die bei uns geläufigen Begriffe und Bezeichnungen wurden jedoch in diesem Gesetze die beiden letztern Kategorien unter derjenigen der Vogtei zusammengefaßt.

Mit Rücksicht auf den historischen Ursprung der Worte „Vormund" und „Vogt" dürfte freilich letztere Bezeichnung besser für den Gattungsbegriff und erstere für den Begriff, den dieses Gesetz mit Vogtei verbindet, sich eignen. Denn unter Vogtei verstand man im Mittelalter jede schirmende Gewalt, wie z. B. den Kirchenvögten theils die Aufsicht über die Verwaltung der Kirchengüter, theils die Vertretung der Kirche vor weltlichen Gerichten zukam. Unter Vormund (Foramunt) verstand man dagegen Denjenigen, der an der Stelle des Vaters oder Ehemanns die Munt (das Mundium) ausübte, die nicht blos das Recht der Vermögensverwaltung, sondern auch Rechte an der Person des Mündels in sich schloß (namentlich das Recht ihn zu züchtigen und ursprünglich sogar dasjenige ihn zu verkaufen). Unserm jetzigen Sprachgebrauch entspricht indeß die Klassifikation des Gesetzes besser. In andern Gesetzgebungen wechseln übrigens die Bezeichnungen außerordentlich.

4) Wenn Einer der öffentlichen Unterstützung anheimfällt, verliert er seine persönliche Selbständigkeit und tritt faktisch in den Zustand der Bevogtung; die Vogteirechte werden alsdann, wenn er auch keinen eigenen Vogt erhält, durch die Armenpflege ausgeübt. Dieses einflußreiche Bevormundungsverhältniß mußte, obwohl dessen nähere Ausführung in das Gebiet des Armenwesens gehört, wenigstens mit Rücksicht auf dessen privatrechtliche Folgen an dieser Stelle berührt werden. Beiläufig gesagt tritt hier auch das eigentliche Pflegschaftsverhältniß am meisten hervor.

Erstes Kapitel.

Die Vormundschaft über physische Personen.

§ 99.

Ordentliche und außerordentliche.

Die Vormundschaft über physische Personen ist entweder eine ordentliche, wenn sie die gesammte Vermögensverwaltung eines Individuums beschlägt;[1]) oder eine außerordentliche, wenn sie sich nur auf einen Theil der Vermögensverwaltung, und zwar zu vorübergehendem Zwecke, bezieht. [2])

1) Während die Vogtei immer eine ordentliche Vormundschaft ist, kann die Kuratel (Beistandschaft) sowohl eine ordentliche als eine außerordentliche sein.

[2]) Die außerordentliche Vormundschaft ist demnach niemals Vogtei, sondern immer nur Kuratel und ist auch als solche weder eine dauernde noch eine die gesammte Vermögensverwaltung umfassende.

I. Ordentliche Vormundschaft.

A. Vogtei und Beistandschaft.

1. Vogtei.

§ 100.

Wer unter Vogtei zu stellen ist.

Unter Vogtei zu stellen sind:

1. Unmündige, und zwar
   a. solche, die Vermögen besitzen, wenn sie nicht unter väterlicher Vormundschaft stehen, und
   b. solche, die kein Vermögen besitzen, wenn sie nicht wenigstens unter mütterlicher Pflegschaft stehen.

   Wird der Vater oder die Mutter obrigkeitlich bevormundet, so wird ihr Vormund zugleich Vogt der in der Gewalt des betreffenden Elterntheils stehenden Kinder. [1])
2. Personen, die wegen körperlicher [2]) oder geistiger [3]) Gebrechen zur Selbstberathung und Vermögensverwaltung unfähig sind.
3. Personen, die derart ihr Vermögen verschwenden oder sonst übel haushalten, [4]) daß für sie oder solche Personen, deren Unterhalt ihnen obliegt, Gefahr künftiger Dürftigkeit entsteht; [5]) es wäre denn, daß die Vormundschaftsbehörden nach den gegebenen Umständen deren blose Verbeiständung für angemessener hielten [6]) (§ 105).

Wenn beim Herannahen der Mündigkeit, beziehungsweise der Volljährigkeit, eines Minderjährigen beim letzteren vorhandene Leibes- oder Geistesgebrechen oder entschiedener Hang zur Verschwendung die Nothwendigkeit einer Bevogtung mit Bestimmtheit voraussehen lassen, so kann noch vor Eintritt der Mündigkeit, beziehungsweise Volljährigkeit, übrigens unter Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form, die Fortsetzung der Vogtei, beziehungsweise der väterlichen Vormundschaft erkannt werden. [7])

[1]) Somit ist hinsichtlich der Unmündigen (d. h. derjenigen, die das 17te Jahr noch nicht zurückgelegt haben) zu unterscheiden wie folgt:

a) Unmündige, die Vermögen besitzen, aber unter väterlicher Vormundschaft stehen (§ 60)

Diese bedürfen keines Vogtes.

b) Unmündige, welche Vermögen besitzen und nicht unter väterlicher Vormundschaft stehen, sei es daß der Vater gestorben ist, sei es daß ihm die Vormundschaft entzogen wurde (§ 65)

Diese bedürfen der Bevogtung.

c) Unmündige, die kein Vermögen besitzen, über die aber die nicht bevormundete Wittwe das Elternrecht ausübt (§ 62)

Diese bedürfen keiner Bevogtung.

d) Unmündige, welche zwar ebenfalls kein Vermögen besitzen, aber auch unter keiner elterlichen Gewalt stehen, sei es, daß außer dem Vater auch die Mutter gestorben ist oder letzterer das Elternrecht entzogen wurde (§ 65)

Diese bedürfen der Bevogtung.

e) Unmündige, deren Vater oder, wenn dieser gestorben oder unehelich ist, deren Mutter bevormundet ist (ein Fall, der auch in Folge einer Ehescheidung eintreten kann)

Diese treten, ob sie Vermögen besitzen oder nicht, in die Vogtei des elterlichen Vormundes.

[2]) Z. B. Taubstumme und Blinde. Uebrigens kommt es auch hier ganz auf den besonderen Fall an; denn es ist gedenkbar, daß auch solche unter gewissen Umständen zur Vermögensverwaltung taugen.

[3]) Also namentlich Irre und Wahnsinnige. Auch ein hoher Grad von Schwermuth kann zur Vermögensverwaltung unfähig machen.

[4]) Die Anwendung dieser Bestimmung ist oft schwierig, indem der Begriff der Verschwendung und des übeln Haushaltes ein sehr dehnbarer und relativer ist. Schlechte Spekulationen z. B. zeugen noch nicht unbedingt von einem übeln Haushalt. Im Zweifel wird man eher zu Gunsten der persönlichen Freiheit entscheiden.

[5]) Die drohende Schmälerung des Nachlasses, beziehungsweise Verkürzung der Präsumtiverben in ihrer Anwartschaft ist somit an sich kein Grund zur Bevogtung; vielmehr muß die Verarmung des übeln Haushälters derart in Aussicht stehen, daß in Folge derselben entweder er selbst oder seine nächsten Blutsverwandten (vgl. § 68) in Dürftigkeit gerathen, beziehungsweise Andern (den Verwandten oder der Heimathgemeinde) zur Last fallen könnten.

[6]) Nach unserer früheren Gesetzgebung konnten volljährige Mannspersonen wegen übeln Haushaltes nur bevogtet, nicht aber verbeiständet werden. Mit Recht fand aber die zweite Kommission in Folge einer Anregung aus dem Oberengadin, daß unter Umständen auch bei volljährigen Mannspersonen eine Verbeiständung dem Zwecke vollkommen entsprechen, ja wegen ihres weniger gehässigen Charakters der Bevogtung sogar weit vorzuziehen ist, daher kein Anstand genommen wurde, die Zulässigkeit der Verbeiständung auch auf volljährige Mannspersonen auszudehnen.

[7]) Gesetzt also, es zeigen sich bei einem bevogteten Unmündigen Spuren einer Geisteskrankheit, so kann die Vormundschaftsbehörde, ohne erst den Ablauf des unmündigen Alters abzuwarten und alsdann auf die Frage einer neuen Bevogtung einzutreten, einfach die Fortsetzung der Vogtei über das unmündige Alter hinaus beschließen, wenn auch einstweilen vielleicht nur zu dem Zwecke, um zu gewärtigen, ob die drohende Geisteskrankheit wirklich zum Ausbruch komme oder nicht. In ähnlicher Weise kann auch die Fortsetzung der väterlichen Vormundschaft erkannt werden.

Anmerk. Unsere Statuten unterschieden nicht zwischen Vogtei und Beistandschaft und kannten nur die erstere. Nach dem Obervatzer Landb. waren zu bevogten: „Kinder, die nicht 15 Jahr alt seind, witwen, weißling, sinlose Leuth, gehörloße Alte, unvermögliche Leuth, unnutzeren Verthüeren, und weibsbilder, die nicht gemahnet" (gemannet). Nach den Oberbunds St. mußte Jeder, der „das seinig mit spihlen oder auf andere weiß, wie es immer geschehe, verthäte und verschwendete" bevogtet werden. Nach den Oberengadiner St. mußten Vögte gegeben werden:

den Wittwen, den Waisen bis zum erfüllten 20sten J., denjenigen, die nicht bei gesunden Geisteskräften sind oder sich nicht selbst regieren können. Nach den St. v. Untertasna soll bevogtet werden „chi tegna mal chasa et disfa il sieu" (wer übel haushält und das Seinige verthut). In der vorstatutarischen Zeit kannte man bei uns, wie im altdeutschen Recht überhaupt, wohl nur den (meist dem nächsten männlichen Erben zustehenden) Vogteischutz für Minderjährige und Weiber. So erscheint im J. 1360 (Mohr Cod. dipl. III. Nr. 90) Graf Rudolf v. Montfort als „ein rechter, erblicher und wizzenhafter vogt" der Söhne seines Bruders, „davon er ouch dieselben kinde und alle ir vesten, Lüt und Güter, die inen ihr vatter selig gelazzen hat, innehaben und ir pflegen solte, in vogts wise, unz (bis) daz die Chinder zuo ire tagen kämen und berathen wurden, alz das gewohnlich und rechtist".

§ 101.

Stellung des Vogtes zur Person des Bevogteten.[1])

Den unmündigen Vogtbefohlenen hat der Vogt, nach Maßgabe der Vermögensverhältnisse desselben, zu versorgen und zu erziehen. In dieser Hinsicht kommen ihm die nämlichen Rechte und Pflichten wie dem ehelichen Vater (§ 58 bis 60) zu;[2]) so jedoch, daß er bei Bestimmung des künftigen Lebensberufes des Mündels die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde einzuholen und ihr Fälle, die eine ernstere Züchtigung erheischen, zu angemessenem Einschreiten anzuzeigen hat.

Den wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen Bevogteten hat der Vogt, nach Maßgabe der Vermögensverhältnisse desselben, angemessen zu versorgen und, so weit thunlich, einer heilenden Pflege theilhaft werden zu lassen; den wegen Verschwendung oder sonstiger übler Haushaltung Bevogteten, so weit möglich, zu einer verständigen und geordneten Lebensweise anzuhalten. Demselben steht die zu den gedachten Zwecken erforderliche Gewalt über die Person seines Vogtbefohlenen zu.

Wichtigere, namentlich gegen die persönliche Freiheit des Vogtbefohlenen gerichtete Maßnahmen, als: die Versetzung Geisteskranker in eine Irrenanstalt, und übler Haushälter unter besondere polizeiliche oder korrektionelle Aufsicht, bedürfen der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde[3])

[1]) Es beschlägt dieser Artikel die eigentlich pflegschaftlichen Rechte und Pflichten des Vogtes im Gegensatze zu denjenigen Rechten und Pflichten desselben, die sich auf die Vermögensverwaltung (§ 102) beziehen.

[2]) Verschiedene Gesetzgebungen (wie z. B. das Soloth. Ges. § 367), räumen dem Vogt des Unmündigen, wie dem Vater, ein eigentliches Züchtigungs- wohl auch Einsperrungsrecht ein. Vgl. Anm. 3 zu § 59.

[3]) Indem obiger Artikel diejenigen pflegschaftlichen Angelegenheiten bezeichnet, welche jedenfalls der Vormundschaftsbehörde unterzubreiten sind, ist dem Vogte selbstverständlich nicht benommen, auch andere hier nicht berührte, für die Person des Vögtlings besonders einflußreiche Fragen der Behörde vorzulegen.

§ 102.

Vogteiliche Vermögensverwaltung.

Der Vogt vertritt den Vogtbefohlenen in allen seinen privat-

rechtlichen Angelegenheiten und hat dessen Vermögen als guter Hausvater zu verwalten (§ 60). Zu diesem Behufe hat er namentlich Gebäude und Liegenschaften in gutem Stande zu erhalten, für gehörige Versicherung und Zinsbarmachung der vorhandenen Gelder und Schuldforderungen besorgt zu sein, die ausstehenden Zinsen einzuziehen und unzweifelhafte Schulden abzutragen, überhaupt das Vermögen in bereinigten, gesicherten Zustand zu bringen und in demselben zu bewahren. Kapitalien des Mündels dürfen bei dem Vogt nicht angelegt werden. [1])

[1]) Es ist nicht zu vermeiden, daß der Vogt zeitweilig Gelder des Vögtlings in Handen behält und wird nur willkommen sein, wenn er bis er eine geeignete Anlage findet, dafür Zinsen vergutet. Allein es darf dies nur vorübergehend stattfinden und niemals in eine definitive dauernde Kapitalanlage ausarten.

Anmerk. Nach den Obervazer St. hat der Vogt „auf seiner Vogtkinder Gut fleißiges und treues Aufsehen zu tragen als wen sein eiges Gut were." Unnütze Ausgaben (spaisas malnüzaivlas) mußte der Vogt nach den Oberengadiner und Münsterthaler Stat. an sich haben.

§ 103.

Vormundschaftliche Genehmigung.

Folgende Geschäfte bedürfen, um für den Vogtbefohlenen verbindlich zu werden, der Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde, [1]) nämlich:

1. Der Antritt und das Ausschlagen von Erbschaften; [2])
2. Erbtheilungen und Erbverträge;
3. Verpfründungs- und Leibrentenverträge;
4. Käufe, Verkäufe und Täusche von Liegenschaften;
5. Erhebliche Neubauten; [3])
6. die Betheiligung an Handlungs-, Gewerbs- und Aktien-Gesellschaften jeder Art, [4]) und der Rücktritt [5]) von solchen;
7. Pacht- und Miethverträge auf mehr als drei Jahre;
8. Wichtigere [6]) Vergleiche und Abkommnisse, Einlassung in Kompromisse und Prozesse;
9. Kontrahirung von Kapitalschulden und Aufkündung versicherter Forderungen;
10. Darlehen, sobald sie nicht an die Kantonskasse oder die Kantonalsparkasse oder auf sicheres doppeltes Unterpfand geschehen;
11. Bürgschaften;
12. der Angriff des Hauptgutes;
13. jedes Rechtsgeschäft des Vogtes (Namens des Vogtbefohlenen) mit seinen (des Vogtes) Verwandten bis zum dritten Grade, mit seinen Präsumtiverben und solchen Personen, deren Präsumtiverbe er ist, sowie jedes Rechtsgeschäft, bei welchem er selbst oder seine Verwandte bis zum dritten Grade betheiligt sind. Behufs Abschließung eines Rechtsgeschäftes zwischen dem Vogte (in eigenem Namen) und seinem Vogtbefohlenen

bedarf letzterer überdies, und zwar selbst nach beendigter Vormundschaft, so lange jener nicht entlastet worden [7]) (§ 124), eines außerordentlichen Beistandes.

Vom Vogt ohne Genehmigung der Vormundschaftsbehörde geschlossene Rechtsgeschäfte der obgenannten Gattungen werden für den Mündel nicht anders verbindlich, als von diesem ohne Einwilligung des Vogtes eingegangene Rechtsgeschäfte [8]) (§ 104).

[1]) Um weder die Vögte noch die Vormundschaftsbehörde im Zweifel darüber zu lassen, welche Geschäfte der vormundschaftlichen Genehmigung zu unterstellen seien und welche nicht, zog es der Entwurf vor, die ersteren genau zu bezeichnen, während z. B. das Oesterr. Ges. (§ 233) sich darauf beschränkt, die vormundschaftliche Genehmigung in allen Geschäften zu fordern, „welche nicht zu dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehören und von größerer Wichtigkeit sind.“ Vgl. übrigens Zürch. Ges. § 372 bis § 374.

[2]) Bei zweifelhaften Erbschaften schreibt das Zürch. Ges. (§ 365) den Vormundschaftsbehörden vor: mit der Wohlthat des Inventars anzutreten oder Probeganten zu veranstalten.

[3]) Es sind Neubauten gedenkbar (z. B. die Errichtung eines Hühnerstalles), die von geringerem Belange sind als gewisse Reparaturen. Auch kommt es mehr oder weniger auf die Vermögensverhältnisse des Vögtlings an, was als ein „erheblicher Neubau“ anzusehen ist oder nicht. Es muß hierin dem Takt der Behörden etwas überlassen werden.

[4]) Es ist hier natürlich nur eine neue Betheiligung nicht aber die blose Fortdauer einer bereits bestehenden Betheiligung gemeint.

[5]) Somit bedarf auch die Mitwirkung zur Auflösung eines bereits bestehenden Geschäfts der vormundschaftlichen Autorisation.

[6]) Das Beiwort „wichtigere“ wurde von der zweiten Kommission beschlossen, indem es sich allerdings möglicher Weise auch um Abkommnisse von äußerst geringfügigem Belang handeln kann.

[7]) Es geht also nicht an, daß der Vogt z. B. am Tage, nachdem sein Vögtling der Bevormundung enthoben wurde, mit demselben ein Rechtsgeschäft abschließe, ungeachtet er (der Vogt) über seine Verwaltung noch nicht Rechenschaft ablegte und von der Behörde noch nicht entlastet wurde, widrigenfalls leicht der Fall eintreten könnte, daß der Vogt diese Frist dazu mißbrauchte, um damit thatsächlich der obrigkeitlichen Kontrolle zu entgehen.

[8]) D. h. sie sind für den Mündel nur in so fern und in so weit verbindlich, als dadurch für ihn „eine nützliche Verwendung oder eine nachweisbare Bereicherung erfolgte.“

Anmerk. Nach den Oberengadiner und Münsterthaler Stat. durften Vögte Sachen der Vogtbefohlenen nur mit Bewilligung von mindestens drei Verwandten verkaufen und verpfänden. Nach den Stat. von Fürstenau und Avers durfte der Vogt Liegendes des Vogtbefohlenen weder verkaufen noch versetzen „ohne des Gerichtes Rath.“

§ 104.

In wiefern Vogtbefohlene rechtsgültig handeln.

Vogtbefohlene sind hinsichtlich ihrer Handlungsfähigkeit den unter elterlicher Gewalt stehenden Kindern (§ 66) gleichgestellt. Sie können daher durch eigene Handlungen ohne Zustimmung des Vogtes gültig weder Verbindlichkeiten eingehen, noch Rechte abtreten, wohl

aber, sofern sie überhaupt eines Rechtswillens fähig sind, Rechte erwerben. Eben so haften sie aus ihren für sie unverbindlichen Rechtsgeschäften so weit dadurch für sie eine nützliche Verwendung oder eine nachweisbare Bereicherung erfolgte. [1])

Die Zustimmung des Vogtes zu einem von dem Vögtling abgeschlossenen Rechtsgeschäfte kann auch, wie diejenige der Eltern, (§ 66) aus den Umständen vermuthet werden.

[1]) Vgl. Anm. 4 zu § 44 und Anm. 1 zu § 66.

Anmerk. Verträge (Märkte) mit Vogtbefohlenen „ohne Wissen und Willen der Vögte" waren von allen bündnerischen Stat. als ungültig erklärt, von denjenigen des Münsterth. sogar ausdrücklich, wenn sie dem Vogtbefohlenen nützlich waren. Die Oberbunds-St. erklärten, daß „fürohin alles marckten, handlen, zehren, thun und lassen einer bevogteten Person nicht gelten noch krafft haben solle ohne des Vogtes wissen und zugegebenen Willen". Das Obervazer L. B. erklärt blos diejenigen „Merchte und Hanthierungen" für kraftlos, womit die „Gewälthaber" (Vögte oder Väter) „nicht kontent sind."

---

2. Die Beistandschaft (Kuratel).

§ 105.

Wer unter Beistandschaft zu stellen ist.

Beistände (Kuratoren) sind ordentlicher Weise zu geben:

1. Allen mündigen aber nicht volljährigen Personen, welche Vermögen besitzen und weder unter elterlicher noch ehelicher Vormundschaft stehen. Die Vogtei Unmündiger (wenn ihre Fortsetzung nicht aus andern Gründen beschlossen wird) geht unter diesen Voraussetzungen von Rechtswegen und ohne daß es hiezu eines besondern Aktes bedürfte, in die Beistandschaft über. [1])
2. Den nicht unter ehelicher Vormundschaft stehenden oder bevogteten volljährigen Weibspersonen, welche Vermögen besitzen (Geschlechtsbeistandschaft), insofern sie nicht zur selbständigen Verwaltung ihres Vermögens befähigt erscheinen. [2])
3. Volljährigen Mannspersonen in dem in § 100 Ziff. 3 vorbehaltenen Falle. [3])
4. Unbekannt Abwesenden, die im Kanton Vermögen besitzen, sobald die Abwesenheit ein Jahr lang gedauert hat und kein Bevollmächtigter vorhanden ist. [4])
5. Sträflingen, die zu Zuchthausstrafe verurtheilt sind, wenn sie Vermögen besitzen. [5])

[1]) Ein wegen Unmündigkeit Bevogteter ist demnach, ohne daß es hiezu eines besonderen obrigkeitlichen Aktes bedürfte, vom erfüllten siebenzehnten bis zum erfüllten neunzehnten Jahre (während welcher Frist er nicht mehr unmündig, sondern

blos minderjährig ist) nicht mehr als bevogtet, sondern als verbeiständet anzusehen. — Für die väterliche Vormundschaft wird diese Unterscheidung freilich in der Regel von geringerem praktischen Werth sein.

Von unsern Statuten unterschieden blos die Poschiaver zwischen Unmündigen und Minderjährigen, und zwar so, daß ersteren (bis zum erfüllten 14ten J.) tutori, letzteren (vom 15ten bis zum erfüllten 25ten J.) curatori gegeben wurden. Es hatten aber letztere nur insofern mehr Rechte, als jene als sie sich einen Prokurator bestellen, vor Gericht erscheinen und in ihren Streitsachen Eide schwören konnten.

²) Die Geschlechtsbeistandschaft, d. h. die regelmäßige Verbeiständung der Frauen blos wegen einer, angeblich in ihrem Geschlecht begründeten Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung, ist den meisten schweizerischen Gesetzgebungen sowie den ausländischen (wie namentlich der französischen, österreichischen und preußischen) fremd. Und gewiß ist, daß die nach gesellschaftlicher Gleichstellung der beiden Geschlechter strebende Sitte diesem Institute nicht günstig ist, so wie daß die fortschreitende Bildung und der angeborene Sparsamkeitstrieb des weiblichen Geschlechtes dasselbe in der Regel zur Selbstverwaltung vollkommen befähigen. Da inzwischen dieses Institut sich bei uns sehr eingelebt hat, wagte man dessen gänzliche Beseitigung nicht, sondern zog obige Fassung vor, wonach die Geschlechtsbeistandschaft zwar grundsätzlich beibehalten, allein beschränkt ist auf Weiber, welche 1) Vermögen besitzen und 2) zur Selbstverwaltung nicht befähigt erscheinen, — so daß die Regel wohl von selbst zur Ausnahme herabsinken wird.

Die Geschlechtsbeistandschaft rührt übrigens aus dem deutschen Recht (welches den Beistand „Vogt" hieß), und gründete sich zunächst auf die Unfähigkeit des Weibes vor Gericht zu erscheinen, hat daher in so weit gegenwärtig ihre ursprüngliche Bedeutung verloren. So beginnt z. B. eine Urk. über den Verkauf eines Hauses zu Chur ab Seite einer gewissen Nesa an den Konvent zu St. Lucius dd. 21. Juli 1335 (Mohr Cod. dipl. II. Nr. 246) folgendermaßen: „**Constituta coram nobis in figura iudicii *Nesa* filia *Hedwigis* cum advocato suo Eglino de Schowenstain, quem coram nobis in iudicio neccessitate cogente recepit, quia suum advocatum habere non valebat**" ꝛc.

Nur wenige unserer Stat. (wie namentlich die Remüser und Obervazer) schrieben die Geschlechtsbeistandschaft grundsätzlich vor. Doch mag sie ziemlich allgemein geübt worden sein. Allgemeine gesetzliche Kraft gab ihr aber erst unser Gesetz von 1848, gestattete aber auch Ausnahmen.

³) Vgl. Anm. 6 zu § 100.

⁴) Sollte schon vor Ablauf der Jahresfrist ein dringendes Bedürfniß zu einer obrigkeitlichen Vertretung eines Abwesenden eintreten, so würde eine außerordentliche Kuratel nach Anleitung von § 132 zu bestellen sein.

⁵) Die blos zu Gefängnißstrafe Verurtheilten erhalten somit in der Regel keinen Kurator, theils weil ihnen ein größeres Maß persönlicher Freiheit als den zu Zuchthaus Verurtheilten zukommt, theils weil die Gefängnißstrafen meist kurz sind. Sollte dessenungeachtet in besonderen Fällen eine außerordentliche Kuratel auch für solche Individuen nothwendig erscheinen, so mag der § 132 aushelfen. Nach dem Zürch. Ges. § 317 hat nur Ketten- und Zuchthausstrafe „Unfähigkeit zu allen Rechtsgeschäften" zur Folge; das Berner Ges. gibt nur den mindestens zu einjähriger Zuchthausstrafe und das Aarg. Ges. jedem zu mehr als 6 monatlichem Gefängniß Verurtheilten einen Beistand.

§ 106.

Pflichten der Beistände und Rechte der Verbeiständeten.

Den Beiständen der mündigen Minderjährigen und der in § 105 Ziff. 2 und 3 erwähnten volljährigen Personen

liegt die möglichst unversehrte Erhaltung des Hauptgutes der Verbeiständeten ob.

Die genannten Verbeiständeten können in allen nicht in § 103 aufgeführten Fällen rechtsgültig handeln,[1]) wegegen sie zu den in § 103 Ziff. 1 bis 10 aufgeführten Rechtsgeschäften der Genehmigung des Beistandes und zu den in § 103 Ziff. 11 bis 13 aufgeführten auch der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde bedürfen.

Hinsichtlich der rechtlichen Wirkung der von den Verbeiständeten, beziehungsweise deren Beiständen entgegen obiger Vorschrift eingegangenen Rechtsgeschäfte der genannten Art gelten die Bestimmungen des § 104, beziehungsweise des § 103 (Schlußlemma).

Die Vorschriften der §§ 102 und 103 gelten auch für die Kuratelen der unbekannt Abwesenden und der Zuchthaussträflinge. Letztere sind in ihrer Handlungsfähigkeit den Vogtbefohlenen (§ 104) gleichgestellt,[2]) erstere (die Abwesenden) dagegen behalten ihre volle Handlungsfähigkeit.[3])

[1]) Sie können also namentlich über die ordentlichen Einkünfte ihres Vermögens selbständig verfügen.

[2]) Sie können demnach, wie die Bevogteten, keinerlei Rechtsgeschäfte gültig eingehen, sind aber in pflegschaftlicher Beziehung nicht ihrem Kurator, sondern der Zuchthausverwaltung untergeordnet.

[3]) Wenn demnach von dem Abwesenden getroffene Verfügungen mit denjenigen des Kurators hinsichtlich des der Verwaltung des letzteren unterstellten Vermögens kollidiren sollten, so gehen die Verfügungen des Abwesenden vor; denn diese Kuratel hat nur den Zweck, mangelnde Verfügungen des Abwesenden zu ersetzen, nicht aber diesen in seiner Handlungsfähigkeit zu beschränken.

B. Bevormundungsverfahren.

§ 107.

Vormundschaftsbehörden.

Die Leitung des Vormundschaftswesens für physische Personen steht zunächst den Vormundschaftsbehörden (Waisenämtern) der Kreise zu.[1]) Dieselben bestehen aus 3 bis 5 Mitgliedern nebst der nöthigen Anzahl Stellvertreter und werden von den Kreisgerichten aus den Bürgern der den Kreis bildenden Gemeinden auf 2 Jahre gewählt.

[1]) Das Berner und Zürch. Ges. lassen mit Bewilligung der Behörde und gegen zureichende Sicherstellung eine Familienvormundschaft zu — ein Institut, das allerdings Berücksichtigung verdiente. Es dürfte überhaupt in Vogteisachen einer gewissen Autonomie der Familie Rechnung getragen werden. Man zog indeß vor, bei den schon eingelebten Einrichtungen zu verbleiben.

[2]) Diese Organisation der Vormundschaftsbehörden war schon von unserm früheren, im J. 1852 revidirten, Vogteigesetz (Art. 6) vorgeschrieben, obwohl auch nach verschiedenen unserer älteren Statuten den Blutsverwandten ein bedeutender Einfluß

in Vogteisachen eingeräumt war. So wurden nach dem Klosterser L. B. Vormünder nicht obrigkeitlich, sondern von den Blutsverwandten des zu Bevormundenden bestellt, dagegen hatten die Vormünder den Geschworenen in der Gemeinde und den Verwandten Rechnung abzulegen. Nach den Oberengadiner St. wurden sie zwar obrigkeitlich, aber nur auf Begehren der nächsten Verwandten bestellt. Für Waisen waren diese bei Buße Vögte zu erbitten verpflichtet. Nach den St von Obtasna, welche jedoch nur die Bevormundung von Waisen kannten, wurden die Vögte nicht obrigkeitlich, sondern von den 2 nächsten Verwandten bestellt; auch die Rechnungsablage fand nur zu Handen letzterer statt. — Nach dem Churer St. R. (das ursprünglich nur die Bevogtung verwaister Kinder kannte) stand zur Vogtbestellung das Vorschlagsrecht der Zunft, deren Mitglied gestorben war, das Bestätigungsrecht aber dem Rath zu. Der Vogt hatte 5 Abgeordneten der 5 Zünfte nebst dem Stadtschreiber Rechnung abzulegen.

§ 108.

Deren Beeidigung.

Die Mitglieder und Stellvertreter der Vormundschaftsbehörden werden bei ihrem Amtsantritte von dem Präsidenten der Wahlbehörde nach folgender Eidesformel beeidigt:

Inhalt des Eides:

Ihr als gewählte Mitglieder (und Stellvertreter) der Vormundschaftsbehörde dieses Kreises werdet schwören zu Gott dem Allwissenden, daß ihr die laut Gesetz derselben obliegenden Verpflichtungen nach bestem Wissen und Gewissen und ohne alle Nebenrücksicht erfüllen, insbesondere in Bestellung von Vögten und Beiständen nicht saumselig sein, dieselben gehörig überwachen, ihnen pünktlich Rechnung abnehmen, in allen, eurer Genehmigung unterliegenden Geschäften das Beste des Mündels wahrnehmen und eure Protokolle und Archive in Ordnung erhalten werdet, Alles, wie ihr es euch getrauet vor Gott zu verantworten.

Eidesworte.

Alles dasjenige, was mir ist vorgelesen worden und ich wohl verstanden habe, gelobe ich zu halten, getreulich und ohne böse Gefährde, so wahr mir helfe Gott. Amen.

§ 109.

Deren Zuständigkeit.

Zu Verhängung und Beaufsichtigung einer Vormundschaft ist die Vormundschaftsbehörde desjenigen Kreises zuständig, in welchem die vormundschaftsbedürftige Person verbürgert ist. Ist diese in mehreren Kreisen verbürgert, so kommt die vormundschaftliche Fürsorge für dieselbe der Vormundschaftsbehörde desjenigen Kreises zu, in welchem jene ihren Wohnsitz hat oder sie oder ihre Eltern oder Voreltern zuletzt gewohnt haben.

Ist die vormundschaftsbedürftige Person außer dem Kreise ihres Heimathortes wohnhaft, so steht es der heimathlichen Vormundschafts-

behörde frei, ihre daherige Befugnisse an die Vormundschaftsbehörde des Wohnortes zu übertragen. (Vgl. § 110, 2. Lemma.)

Deßgleichen sind die Vormundschaftsbehörden ermächtigt, in ihrem Kreise wohnende Kantonsfremde auf Ansuchen der Heimathbehörden oder, wenn Gefahr im Verzuge ist, auch ohne solches, jedoch unter sofortiger Anzeige an die zuständigen auswärtigen Behörden, ihrer vormundschaftlichen Fürsorge zu unterstellen. [1])

[1]) In obigen Bestimmungen, mit Einschluß des 2ten Lemma in § 110, wird zwar grundsätzlich an dem forum originis festgehalten, dennoch aber, soweit es die Umstände rechtfertigen, auch das forum domicilii zugelassen, so zwar, daß unter den erwähnten Voraussetzungen:

a) die heimathliche Vormundschaftsbehörde zur Uebertragung ihrer Kompetenzen an diejenige des Wohnortes des zu Bevormundenden, und zwar selbst an eine nichtbündnerische, berechtigt ist, woraus für letztere, freilich nur innerhalb unseres Kantons, von selbst auch die Verpflichtung zur Annahme der daherigen Delegation folgt;
b) die Vormundschaftsbehörde des Wohnortes eines der Bevormundung bedürftigen Bündners eine selbständige Verpflichtung hat, für dessen Bevormundung, zunächst mit Begrüßung der heimathlichen Behörde, besorgt zu sein;
c) die bündnerische Vormundschaftsbehörde des Wohnortes eines zu bevormundenden Kantonsfremden ermächtigt ist, die zu dessen Bevormundung nöthigen Maßnahmen zu treffen, somit auch entsprechende Delegationen auswärtiger Behörden anzunehmen.

Diese Grundsätze rechtfertigen sich theils durch die unbestreitbare Zweckmäßigkeit einer am Wohnorte des Mündels geführten vormundschaftlichen Aufsicht, theils, was Kantonsfremde betrifft, durch Rücksichten der Humanität und staatlicher Reziprozität. Vgl. Soloth. Ges. § 334 und Zürch. Ges. § 354—557.

Bemerkenswerth ist, daß selbst das L. B. der V Dörfer die Bevogtung Fremder gestattete „je nach gestaltsame der sachen und demnach auch einer sachen auszurichten hat.“

§ 110.

Einleitung der Bevormundung.

Die Versetzung einer Person unter Vormundschaft wird, unter der Voraussetzung, daß die gesetzlichen Bedingungen dazu vorhanden sind, sei es auf Begehren der zu Bevormundenden selbst oder ihrer Verwandten oder der Behörden ihrer Heimathgemeinden, [1]) sei es auch von Amts wegen, sobald die Vormundschaftsbehörde von der Nothwendigkeit einer zu verfügenden Bevormundung Kenntniß erhält, eingeleitet.

Wenn Personen, welche in einem andern Kreise als in demjenigen, in welchem sie heimathberechtigt sind, wohnen, unter Vormundschaft gestellt werden sollen, so hat die Vormundschaftsbehörde ihres Wohnortes derjenigen ihres Heimathortes hievon unverzüglich Anzeige zu machen und wenn letztere nicht selbst innert zwei Monaten den Vormund bestellt, von sich aus die Bevormundung zu verfügen.

Volljährige, beziehungsweise mündige Personen, sollen, wenn es nicht unbekannt Abwesende oder Geisteskranke sind, bevor die Bevor-

mundung über sie verhängt wird, darüber, und zwar wenn möglich persönlich, einvernommen werden.

Wegen Geistes- oder Körpergebrechen soll eine Bevogtigung erst nach vorangegangener ärztlicher Untersuchung stattfinden [2])

[1]) Unser früheres Vogteigesetz machte den Anverwandten und den Gemeindsobrigkeiten die Anzeige zur Pflicht, ohne jedoch die Unterlassung derselben mit einer Buße zu bedrohen, wie es z. B. das Zürch. Ges. thut.

[2]) Anträge auf Bevormundung Volljähriger sind mitunter ein Ausfluß habsüchtiger Zudringlichkeit von Präsumtiverben; um so mehr ist es Pflicht der Behörden mit möglichster Vorsicht und sachlicher Prüfung zu verfahren.

§ 111.

Sichernde Maßnahmen.

Die Vormundschaftsbehörden, und zwar auch diejenigen des Wohnortes, sind ermächtigt und verpflichtet, in Fällen, in welchen solches rathsam erscheinen sollte, namentlich wenn es sich um die Bevogtigung von Minderjährigen oder Verschwendern handelt, selbst vor Austragung des vormundschaftlichen Verfahrens, Maßregeln für Sicherung des unter vormundschaftliche Verwaltung gestellten oder zu stellenden Vermögens zu ergreifen, als: Siegelung, Sperrung der Pfandprotokolle (Verbot gegen Eintragung von Pfandverschreibungen), vorläufige Inventarisirung, Anhandnahme wichtigerer Dokumente und Vermögensstücke, öffentliche Verwarnung zu verfügen und je nach Umständen bei dem zuständigen Kreisamt eine Arrestlegung zu beantragen. [1])

[1]) Die Erfahrung lehrt, daß die Frist der schwebenden Bevormundung von den zu Bevormundenden, sei es aus Trotz, sei es aus inwohnender Vergeudungslust, leicht entweder zur Verheimlichung von Vermögen oder zur Verschwendung benutzt wird. Es ist daher sehr nothwendig, daß die Behörde in die Lage versetzt werde, einem solchen Beginnen zeitig durch geeignete und kräftige Maßnahmen zu begegnen. Das Luzerner Ges. § 121 gestattet sogar den Arrest des Verschwenders bis Austrag des Prozesses.

§ 112.

Wer als Vormund zu bestellen ist.

In der Regel soll der Vormund aus den Einwohnern der Gemeinde, in welcher der zu Bevormundende wohnhaft ist, oder wenigstens aus denjenigen einer benachbarten Gemeinde bezeichnet und dabei auf allfällige Wünsche des unter Vormundschaft zu Stellenden [1]) oder seiner Verwandten nach Umständen Rücksicht genommen werden.

Haben verstorbene Eltern oder wenigstens derjenige Theil derselben, welcher die elterliche Gewalt zuletzt ausübte, [2]) durch Testament oder sonstige unzweifelhafte Erklärung für ihre Kinder einen Vormund bezeichnet, so soll derselbe, wenn er die hiezu erforderlichen Eigenschaften besitzt, von der Vormundschaftsbehörde bestätigt werden. [3])

Für sehr schwierige Verwaltungen, namentlich wenn das Ver-

mögen derart zerstreut ist, daß es von Einem Vormund nicht wohl beaufsichtigt werden kann, ist auch die Bestellung zweier Vormünder zulässig.

Im Uebrigen sind als Vormünder rechtschaffene und unbescholtene, zu Besorgung der ihnen übertragenen Geschäfte hinlänglich befähigte Männer, namentlich auch, wenn thunlich, taugliche männliche Anverwandte, vorab allfällig lebende Väter, Großväter und Brüder der zu Bevormundenden [4]) zu bestellen.

Ausnahmsweise kann auch einer nicht verbeiständeten Mutter oder Großmutter die Vormundschaft über ihr vaterhalb verwaistes oder uneheliches Kind, beziehungsweise Kindes=Kind, übertragen werden. [5])

[1]) Die Wünsche des zu Bevormundenden werden vorzugsweise dann in Betracht kommen, wenn derselbe volljährig ist, zumal das Zutrauen des Mündels zu seinem Vormund der vormundschaftlichen Verwaltung äußerst zuträglich ist; es verdienen aber dieselben jedenfalls nur in so weit Berücksichtigung, als der Vertrauensmann die zu einem Vormund erforderlichen Eigenschaften besitzt. — Die Wünsche der Verwandten werden vorzugsweise bei Unmündigen und mit schwerer Geisteskrankheit behafteten Mündigen ins Gewicht fallen.

[2]) Also auch die überlebende Mutter.

[3]) Unter obiger Voraussetzung sind somit die Berufungen des Vormunds durch elterliches Testament für die Vormundschaftsbehörden bindend. Die testamentarischen Berufung von Vögten ist übrigens römisch=rechtlichen Ursprungs. Jedoch stand diese Berufung nach röm. R. lediglich dem Inhaber der väterlichen Gewalt zu und ging der obrigkeitlichen Vormundschaftsbestellung unbedingt vor.

[4]) Nach gemeinem Recht sind die nächsten Anverwandten bez Präsumtiverben (und zwar nach römischem auch Mutter und Großmutter) gesetzliche Vormünder.

[5]) Nach unserm früheren Recht war dieses auch nicht zulässig. Allein welchen besseren Vormund für ein vaterloses Kind kann es in der Regel geben, als die eigene Mutter, wenn sie eine zur Vermögensverwaltung taugliche Person ist? In der That sind nicht nur nach römischem, sondern auch nach österreichischem, französischem und preußischem Recht die Mutter und sonstige weibliche Aszendenten speziell zur Vormundschaft berufen. Nach französischem Recht kann die Gattin sogar die Vormundschaft über ihren Ehemann erhalten.

Natürlich wird in obiger Bestimmung vorausgesetzt, daß die Mutter selbst nicht bevormundet sei, widrigenfalls nach § 100 ihr Vormund von Rechtswegen auch Vormund ihrer Kinder ist. Wohl aber kann ihr für eine schwierige Vermögensverwaltung ein Mitvormund gegeben werden.

§ 113.

Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft.

Die Uebernahme von Vogteien und Kuratelen ist eine allgemeine Bürgerpflicht und kann nur aus erheblichen Gründen abgelehnt werden. Ueber die Statthaftigkeit allfälliger Ablehnungen entscheidet die Vormundschaftsbehörde. Jedenfalls ist Niemand verpflichtet, gleichzeitig mehr als drei Vormundschaften zu übernehmen. [1])

Verweigert ein zum Vormund Gewählter, trotz des rechtskräftigen Entscheides der zuständigen Behörden, die Uebernahme der ihm zugedachten Vogtei oder Kuratel, so ist er für seine Widersetzlichkeit mit einer Buße von Fr. 20 bis Fr. 100 zu belegen. [2])

[1] Hiemit ist also nicht gesagt, daß Einer in allen Fällen zur Uebernahme dreier Vormundschaften pflichtig sei, vielmehr kann Eine schwierige Vormundschaft unter Umständen genügend die Ablehnung weiterer Vormundschaften rechtfertigen. Auch kommt es hiebei viel auf Beruf, Lebensstellung und persönliche Fähigkeit des Betreffenden an.

Unsere alten Stat. lauteten in diesem Punkt sehr verschieden. Während man nach den Poschiaver St. nur zu Uebernahme Einer Vormundschaft angehalten werden konnte, war das Höchste der zu übernehmenden Vormundschaften von dem Churer St. R. auf drei, den Averser St. auf vier, den Fürstenauer St. auf sechs, den Obervazer St. gar auf sieben festgesetzt.

[2] Der ursprüngliche Entwurf lautete in diesem Punkt strenger. Danach war nämlich der Renitent „für allen dem Mündel daraus erwachsenden Schaden verantwortlich" erklärt, war die Buße auf Fr. 50 bis auf Fr. 200 festgesetzt und sollte „bis zum Antritt der Verwaltung durch den ungehorsamen Vormund auf dessen Kosten und Gefahr ein neuer Vormund bestellt werden." Die zweite Kommission milderte jedoch diese Bestimmung in obiger Weise. Das Berner und das Soloth. Ges. erklären den Renitenten sogar der bürgerlichen Ehren für verlustig.

§ 114.

Beeidigung des Vormundes.

Jeder zum Vormund Gewählte soll sofort bei Antritt seiner Stelle von dem Präsidenten der Vormundschaftsbehörde daraufhin beeidigt oder wenigstens in das Handgelübde genommen werden, „daß er die gesetzlichen Obliegenheiten eines Vormundes nach bestem Wissen und Gewissen erfüllen, den Nutzen seines Mündels nach Kräften fördern und seinen Schaden wenden werde." [1]

[1] Das Handgelübde wird in der Regel als der Zeitpunkt der beginnenden Verwaltung anzusehen und als solcher in dem Protokoll (s. § 127) vorzumerken sein. Es versteht sich, daß außerhalb des Gerichtsbezirkes befindliche Vormünder auch durch Delegation in Eidespflicht genommen werden können. Verschiedene Gesetzgebungen (wie namentlich die österreichische) verlangen die Zustellung einer förmlichen Ernennungsurkunde.

Wenn versäumt werden sollte, den Vormund in Eidespflicht zu nehmen, so würde ihn solches übrigens der ihm obliegenden gesetzlichen Verpflichtungen und Verantwortlichkeit keineswegs entheben, vorausgesetzt, daß er die vormundschaftliche Verwaltung thatsächlich übernommen habe.

§ 115.

Bekanntmachung und Rechnungsruf.

Jede Vormundsbestellung soll sofort in dem kantonalen Amtsblatt mit genauer Bezeichnung sowohl der bevormundeten Person als des Vormundes bekannt gemacht werden. Sie tritt gegenüber Dritten erst mit dem Zeitpunkte dieser Bekanntmachung in Kraft.

Mit dieser Bekanntmachung kann [1] **die Vormundschaftsbehörde behufs Bereinigung des unter Vormundschaft gestellten Vermögens einen Rechnungsruf in der Form und mit den rechtlichen Wirkungen verbinden, wie solches für Liquidationsrüfe in § 141 ff. vorgeschrieben ist.**

[1] Von der Ansicht ausgehend, daß es Fälle gibt, in welchen die Vermögensverhältnisse des unter Vormundschaft zu Stellenden ohnehin völlig liquid sind, daher

die Erlassung eines Rechnungsrufes zwecklos wäre, wurde diese Maßregel nicht obligatorisch vorgeschrieben, sondern der jeweiligen Beurtheilung der Behörden anheimgestellt. Es sollten sich übrigens letztere zur Pflicht machen, Rechnungsrüfe nur in Fällen, in welchen sie dringend geboten erscheinen, zu erlassen (Vgl. Anm. 1 zu § 141). Das Zürch. Ges. § 368 läßt die Erlassung eines solchen Rufes nur bei Bevormundung Volljähriger zu.

§ 116.

Inventarisation.

Die Vormundschaftsbehörde hat bei Beginn der Vormundschaft, unmittelbar nach Bestellung des Vormundes, durch eines ihrer Mitglieder oder durch einen beeidigten Inventarschreiber, wo möglich unter Mitwirkung des Vormundes und des Mündels (wenn dieser dazu befähigt ist), ein vollständiges Verzeichniß [1]) des der vormundschaftlichen Verwaltung unterstellten beweglichen und unbeweglichen Vermögens in doppelter, von der Behörde und dem Vormund unterzeichneter Ausfertigung aufzunehmen, wovon das eine Exemplar im Archive der Vormundschaftsbehörde aufzubewahren, das andere dem Vormunde zuzustellen ist, der seinerseits pflichtig ist, allfällige Berichtigungen oder Ergänzungen ungesäumt der Behörde zu beantragen. Bei Verbeiständungen ist jedoch die Inventarisation der Haus- und Feldgeräthschaften und der Gegenstände des gewöhnlichen Hausbedarfes nicht erforderlich. Dem Inventar soll der Vormund, wenn ein Rechnungsruf erlassen worden ist, nach Ablauf der in demselben angesetzten Frist, eine möglichst klare Uebersicht des Vermögensstandes (der Aktiven und Passiven) anfügen.

Befindet sich das Vermögen ganz oder theilweise in einem andern Kreise oder in einem andern schweizerischen Kanton, so wird die Vormundschaftsbehörde zu dessen Inventarisirung die zuständigen auswärtigen Behörden in Anspruch nehmen. In Fällen dagegen, in welchen sich das Vermögen in einem andern Staate befindet, bleibt es der Vormundschaftsbehörde überlassen, dessen Inventarisation auch auf anderm geeigneten Wege zu bewerkstelligen. [2])

Wichtige Dokumente und Kostbarkeiten kann der Vormund, wenn er sich der mit ihrer Aufbewahrung verbundenen Verantwortlichkeit entschlagen will, der Vormundschaftsbehörde gegen Empfangschein zur Aufbewahrung übergeben. [3])

[1]) Das Inventar dient zur Beurkundung des dem Vormund in Verwaltung gegebenen Vermögens und bildet die Grundlage für dessen Verantwortlichkeit. Es ist daher unstatthaft, wie solches bei uns meist geschah, die Inventarisation dem Vormund zu überlassen.

Nach dem Obervazer L. B. war „Niemand keine Vogtei anzunehmen schuldig, es werde dan inventirt und fleißig aufgeschrieben was vorhanden ist“ und nach dem Klosterser St. mußte das Inventar „durch den geschworenen Gerichtsschreiber“ verfaßt werden.

[2]) Wenn das zu inventarisirende Vermögen sich in einem auswärtigen Staate befindet, ist eine solche Requisition an die zuständigen Behörden oft nicht nur mit großen Weitläufigkeiten, sondern auch mit erheblichen Kosten verbunden, namentlich

in Staaten, wo dergleichen Geschäfte durch Notare besorgt zu werden pflegen. In solchen Fällen mag die Vormundschaftsbehörde, wenn sie solches ausreichend findet, die Inventarisation z. B. auch nur auf dem Privatweg, wie etwa durch zuverläßige am nämlichen Orte niedergelassene Landsleute, vornehmen lassen.

³) Es setzt dies freilich voraus, daß die Vormundschaftsbehörden sichere Aufbewahrungslokale besitzen (s. § 127).

Anmerk. Andere Gesetzgebungen schreiben auch die Veräußerung der überflüssigen Fahrhabe und für alle Veräußerungen von Vogtgut als Regel öffentliche Gant vor. Es bleibt aber besser Beides dem Ermessen der Behörden vorbehalten.

§ 117.

Rechnungsablage.

Ueber seine Verwaltung hat der Vormund wenigstens alle zwei Jahre, wenn sie so lange dauert, und am Schlusse derselben, überdies so oft es die Vormundschaftsbehörde verlangt, der letztern Rechnung abzulegen. [1])

Die Rechnungen sollen auf Grundlage des Inventars gebildet sein. Für Beistände mündiger Minderjähriger und der in § 105 Ziff. 2 und 3 erwähnten volljährigen Personen genügt es, einen deutlichen Ueberblick der seitherigen Veränderungen des Vermögens zu geben. [2]) Die Rechnungen anderartiger Beistände sowie eigentlicher Vögte (Vogteirechnungen) sollen überdies Einnahmen und Ausgaben genau aufführen und so weit thunlich, belegen. [3])

Das Ergebniß der genehmigten Rechnungsabgabe wird die Vormundschaftsbehörde in ihr eigenes zu diesem Behufe zu führendes Vormundschaftsbuch so eintragen, daß das reine Vermögen und der Betrag, den der Vormund schuldig bleibt oder zu gut behält, und, wenn es eine Vogteirechnung betrifft, auch das Ergebniß der Einnahmen und Ausgaben zu verzeichnen sind. Der genehmigte Rechnungssaldo ist auf der Vormundsrechnung durch die Vormundschaftsbehörde zu bescheinigen.

Bei Anlaß der Rechnungsabgabe soll die Vormundschaftsbehörde von dem Vogte auch möglichst genauen Bericht über den persönlichen Zustand des Vogtbefohlenen sich geben lassen.

¹) Die meisten unserer Statuten schrieben jährliche Rechnungsablage vor. In der Regel wird aber solche alle zwei Jahre genügen.

²) Es hat dies seinen Grund darin, daß zufolge § 106 diesen Beiständen zunächst nur die Pflicht obliegt, für Erhaltung des Hauptgutes besorgt zu sein, während die Verbeiständeten über ihre Renten selbst verfügen können, daher den Vormundschaftsbehörden die Kenntniß des Standes des Vermögens im Ganzen, bez. des Vor- oder Rückschlags genügt.

³) Der Rechnungszusammenzug wird demnach für die Vögte und die ihnen in der Verwaltung gleichgestellten Beistände zu bestehen haben:

a) in einer Vermögensbilanz, welche auf Grund des Inventars über die Vermehrung und Verminderung des Vermögens nach dessen Hauptbestandtheilen (Liegenschaften, Kapitalien, Fahrhabe 2c.) Aufschluß gibt, und

b) in einer Uebersicht der Einnahmen und Ausgaben nach ihren Hauptkategorien (als: Kapital-Pacht-Miethzinsen — Haushaltung, Erziehung, Reperaturen, Steuern) nebst Rechnungssaldo.

Jener Vermögensstand und dieser Saldo werden sodann der nächstfolgenden Rechnungsablage zu Grunde gelegt.

Es dürfte zweckmäßig sein, daß der Kleine Rath für die Aufstellung entsprechender gedruckter Formulare besorgt sei.

§ 118.

Wer ihr beiwohnen kann.

Der Rechnungsabnahme können die Mündel, wenn sie dazu befähigt sind, sowie einer der nächsten Anverwandten [1]) beiwohnen und sind daher von dem Tage, an welchem jene stattfinden soll, so weit thunlich, in Kenntniß zu setzen.

[1]) Im ursprünglichen Entwurf hieß es „deren nächste Anverwandte."
Unsere alten Statuten schrieben die Rechnungsablage vor: bald zu Handen der „Obrigkeit" oder ihrer Abgeordneten (Obervaz), bald „im Beisein der nächsten Freündt" (Avers, Fürstenau), bald nur zu Handen der Verwandten (Oberengadin und Poschiavo). Das Poschiaver St. schrieb überdieß Rechnungsablage an die Mündel vor, nachdem diese das „gesetzliche Alter" erreicht.

§ 119.

Säumniß in der Rechnungsablage.

Wenn der Vormund nach Ablauf von zwei Jahren, beziehungsweise nach Beendigung der Vormundschaft oder Aufforderung zur Rechnungsstellung, länger als sechs Wochen mit Einreichung der Rechnung zögert, so wird ihm die Vormundschaftsbehörde hiezu eine Frist setzen, nach deren unbenutztem Ablaufe sie ihn mit einer Ordnungsbuße (§ 120) belegen und auf seine Kosten einen Andern mit Zusammenstellung der Rechnung beauftragen wird.

Weigert sich der Vormund, diesem Rechnungssteller das nöthige Material einzuhändigen und Aufschlüsse zu geben, so wird die Vormundschaftsbehörde ihn seiner Stelle entsetzen, zugleich aber dem Kreisgerichte verzeigen, welches zur Sicherung allfälliger Ansprüche des Mündels an ihn, sofort einen den Umständen angemessenen Theil seines Vermögens mit Beschlag belegen und ihn selbst, wenn sich nicht Inzichten eines schwereren Vergehens ergeben, wegen seiner Widersetzlichkeit in eine Buße bis auf höchstens Fr. 500 verfällen soll. [1])

[1]) Säumige Rechnungsablage ab Seite von Vormündern in Verbindung mit mangelnder Exekutivgewalt der Behörden bildeten früher bei uns ein sehr erhebliches Hinderniß für eine geordnete Vormundschaftsverwaltung und für den Abschluß von Massaliquidationen, auf welche obige Bestimmung ihre Anwendung ebenfalls findet (§ 149). Vgl. Soloth. Ges. § 411 u. 412 und Zürch. Ges. § 400—402. Das Luz. Ges. verfügt sogar Verhaftung des renitenten Vormunds.

§ 120.

Aufsicht der Vormundschaftsbehörde.

Die Vormundschaftsbehörden haben bei Prüfung der ihrer Genehmigung unterliegenden Geschäfte und Vormundschaftsrechnungen

das Interesse der Mündel wahrzunehmen und namentlich für unversehrte Erhaltung ihres Hauptgutes besorgt zu sein.

Ihnen steht auch in jeder andern Beziehung die Aufsicht über die Vormünder zu und das Recht, ihnen Weisungen im Interesse der Mündel zu ertheilen. Für die Nichtbefolgung ihrer Weisungen können sie über den Vormund Ordnungsbußen von Fr. 5 bis Fr. 20 verhängen, welche der Kreiskasse anheimfallen.

Ueber des Vormundes Geschäftsführung und Behandlung [1]) des Mündels können der letztere, seine Verwandten und die Behörden seiner Heimathgemeinde bei der Vormundschaftsbehörde Beschwerde führen.

[1]) Also namentlich im Fall von Gewaltmißbrauch, vernachläßigter Verpflegung und Erziehung.

§ 121.

Verantwortlichkeit des Vormunds.

Für allen seinerseits durch grobe Fahrläßigkeit [1]) dem Mündel verursachten Schaden ist der Vormund verantwortlich. [2])

Mit Zinsen, die länger als drei Jahre ausstehen, ist er zu belasten, es sei denn, daß er den Beweis leiste, Alles, was in seiner Macht stund, für deren Eintreibung gethan zu haben.

Sind zwei Vormünder für einen Mündel bestellt worden, so haften sie dem letzteren solidarisch, wenn die Verwaltung zwischen ihnen nicht von der Vormundschaftsbehörde abgetheilt wurde. Geschah letzteres, so haftet jeder Vormund innert dem ihm angewiesenen Geschäftskreise allein für seine Handlungen.

[1]) Die zweite Kommission hatte hier die Einschaltung beschlossen: „und durch eigenmächtige Verwendung von Mündelgut in seinen Nutzen.“ Dieser Zusatz ist aus Versehen beim Druck weggeblieben. Eine solche Verwendung in den eigenen Nutzen wäre aber jedenfalls nur dann anzunehmen, wenn der Vormund Gelder des Mündels wie das seinige zu eigenen Zwecken gebrauchte, ohne sich deren ordnungsmäßige Anlage angelegen sein zu lassen und wohl selbst ohne dem Mündel Zinsen gut zu schreiben. Diese Verantwortlichkeit versteht sich übrigens von selbst.

[2]) Grobe Fahrläßigkeit wird namentlich anzunehmen sein bei Nichtbefolgung ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften oder bestimmter Weisungen der Vormundschaftsbehörde. Daß der Vormund für erwiesene Arglist unbedingt haftet versteht sich von selbst.

Im Uebrigen wird man bei uns kaum geneigt sein, die Verantwortlichkeit der Vormünder zu weit auszudehnen. Unter allen Umständen ist bei Bemessung der Verantwortlichkeit eines Vormundes seine persönliche administrative Befähigung ins Auge zu fassen.

Die meisten Gesetzgebungen erklären den Vormund verantwortlich für jeden durch Fahrlässigkeit (gleichviel ob durch leichte oder grobe) dem Mündel verursachten Schaden. So auch das Zürch. Ges. § 351 und das Soloth. Ges. § 356 Das röm. R. verlangte von dem Vormund in der Verwaltung des Mündelgutes denjenigen Fleiß, den er auf seine eigene Vermögensverwaltung verwendete (diligentiam quam suis). Das Obervazer L. B. bestimmte: „Ein unfleißiger Vogt, der solle gestrafft werden nach Erkenntniß des Gerichts nachdem er unfleißig gewesen.“

[3]) Wenn z. B. ein Vormund für das in Bünden, ein anderer für das in Frank-

reich gelegene Vermögen des Mündels bestellt wurde, so haftet jeder Vormund nur für den ihm angewiesenen Verwaltungskreis, wie auch jeder für seine Verwaltung wird Rechnung ablegen müssen. Hiemit übereinstimmend sind die Grundsätze des röm. R.

Anmerk. Andere Gesetzgebungen dehnen die Verantwortlichkeit auch auf die Vormundschaftsbehörden aus.

§ 122.

Entschädigung für seine Mühwalt.

Dem Vormunde wird, nach Genehmigung seiner Rechnung, von der Vormundschaftsbehörde, abgesehen von dem Ersatz der von ihm für den Mündel gemachten Auslagen, eine im Verhältniß zu seinen Bemühungen und zu dem Betrage des verwalteten Vermögens stehende Entschädigung [1]) zugesprochen.

[1]) Der Zusatz des ursprünglichen Entwurfes „die jedoch in der Regel zwei vom Tausend des letzteren nicht übersteigen darf“ wurde von der zweiten Kommission gestrichen, und zwar in der Ansicht, daß es besser sei, dem Ermessen der Behörde nicht vorzugreifen. Die Gesetzgebungen setzen verschiedene Entschädigungsnormen fest: das Oesterr. Ges. als Maximum 5% der reinen Einkünfte, das Soloth. Ges. 4% der von dem Vogt eingenommenen Nutzungen“, somit der Bruttoeinnahmen, das Zürch. Ges. als Maximum 2% des Vermögens u. s. w.

Nach dem Obervazer L. B. war der ordentliche Jahreslohn 10 Plapert, für „viel Mühe und Arbeit“ bestimmte die Obrigkeit den Lohn. Nach dem Churer St. R. wurde der „Vogtschilling“ vom Rath „nach Gestaltsame des Vermögens und der Verrichtung oder Mühwalt“ bestimmt.

§ 123.

Beendigung der Vormundschaft.

Die ordentliche Vormundschaft hört von selbst [1]) auf:

1. Für Unmündige, als Vogtei, mit ihrem Eintritt in die Mündigkeit (mit Erfüllung ihres 17. Lebensjahres); für mündige Minderjährige, als Beistandschaft, mit ihrem Eintritt in die Volljährigkeit (mit Erfüllung ihres 19. Lebensjahres); so wie ferner durch ihre Verehelichung;
2. für volljährige verbeiständete Weibspersonen sobald sie sich verehelichen;
3. für unbekannt Abwesende sobald sie eintreffen oder einen Bevollmächtigten bestellen;
4. für Zuchthaussträflinge mit dem Zeitpunkte ihrer Freiwerdung;
5. für alle Bevormundeten mit ihrem Tode.

Die wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen, wegen Verschwendung oder sonstiger übler Haushaltung verhängte Vormundschaft soll wieder aufgehoben werden, sobald der Grund, aus welchem sie erkannt wurde, als weggefallen angesehen werden kann, worüber mit Bezug auf körperlich oder geistig Kranke in zweifelhaften Fällen ein ärztliches Gutachten einzuholen ist.

Wegen übler Haushaltung Bevogtete können der Vogtei nicht eher entlassen werden, als bis sie wenigstens zwei Jahre lang sich so aufgeführt haben, daß ihnen fortan eine bessere Vermögensverwaltung zugetraut werden darf.

Nach Beendigung der Vormundschaft ist dem gewesenen Mündel und, wenn er gestorben sein sollte, seinen Erben sein Vermögen nebst Inventar und zugehörigen Urkunden gegen Empfangschein zu übergeben.

[1]) Es bedarf demnach in den nachfolgenden Fällen (Ziff. 1—5) keines eigenen Aktes der Vormundschaftsbehörde zur Entlassung des Bevormundeten aus der Vormundschaft, sondern wird derselbe durch den Eintritt der nachfolgenden Thatsachen von Rechtswegen handlungsfähig. Wenn daher die Vormundschaftsbehörde die Fortdauer der Vormundschaft aus andern Gründen (wegen Verschwendung, Blödsinn u. s. w.) für nöthig erachtet, so bedarf es hiezu eines neuen Bevormundungsaktes, es wäre denn, daß bei Unmündigen und Minderjährigen die Fortsetzung schon vorher (nach Anleitung des § 100) beschlossen worden wäre.

Manche Gesetze, namentlich der *Code Nap.*, gestatten unter Umständen schon vor Eintritt der Volljährigkeit eine Volljährigkeitserklärung (Emanzipation). Da jedoch nach unserm Recht die gesetzliche Volljährigkeit ohnehin früh eintritt, wäre bei uns eine solche Bestimmung nicht gerechtfertigt.

§ 124.

Entlassung und Entlastung des Vormundes.

Auch vor Beendigung der Vormundschaft kann ein Vormund jederzeit von der Vormundschaftsbehörde, sei es von sich aus, sei es auf begründetes Begehren des Vormundes oder des Mündels oder sonst Interessirter entlassen werden.

Die Vormünder ihrerseits können eine einmal übernommene Vormundschaft vor deren Beendigung nicht ohne dringende Gründe abgeben. [1])

Nach Beendigung seiner vormundschaftlichen Verwaltung wird der Vormund, sobald seine Schlußrechnung genehmigt ist und er das Vermögen des Mündels vollständig zurückgestellt, oder, wenn er einen Nachfolger hat, diesem übergeben und sich darüber ausgewiesen hat, [2]) seiner Verpflichtungen gegenüber der Vormundschaftsbehörde entlastet, [3]) worüber er von letzterer eine schriftliche Bescheinigung verlangen kann. Vorbehalten bleibt hiebei die Vormundschaftsklage (laut § 125).

[1]) Verschiedene Gesetzgebungen setzen für Beibehaltung einer einmal übernommenen Vormundschaft eine bestimmte Anzahl Jahre (etwa vier) fest.

[2]) Der neue Vormund wird zu Handen der Vormundschaftsbehörde zu bescheinigen haben, daß ihm das Vermögen des Mündels laut Inventar (mit Berücksichtigung der seit dessen Aufnahme eingetretenen Vermögensveränderungen) übergeben wurde. Sollte die Errichtung eines neuen Inventars nöthig werden, so hat dabei die Behörde, wie bei Errichtung des ersten, zu interveniren.

[3]) Durch diese Entlastung endigt die Verantwortlichkeit des Vormunds gegenüber der Behörde. Vorbehalten bleibt selbstverständlich die spätere Entdeckung von Rechnungsirrungen oder von böser Gefährde des Vormundes. Unabhängig von dieser

Entlastung des Vormunds gegenüber der Behörde ist die dem Mündel laut dem folgenden Art. zustehende „Vormundschaftsklage".

Das Berner Ges. (§ 288) räumt dem Vogtbefohlenen und seinen Verwandten sowohl als dem Vormund das Recht ein, innert 10 Jahren Revision der Rechnungen zu verlangen. Das Zürch. Ges. (§ 430 und 432) gewährt dem Vögtling eine peremtorische Frist von 1 J. zu Ausstellungen an der waisenamtlichen Verwaltung.

§ 125.

Vormundschaftsklage.

Abgesehen von der Entlastung des Vormundes hat der Mündel, beziehungsweise wer ihn gesetzlich vertritt, ein Klagrecht gegen denselben auf Ersetzung des ihm durch grobe Fahrläßigkeit oder gesetzwidrige Verwaltung verursachten Schadens (Vormundschaftsklage).[1]) Dieses Klagrecht erlischt jedoch mit dem Ablauf Eines Jahres nach Entlastung des Vormundes;[2]) es wäre denn, daß es Thatsachen betreffe, welche erst später zur Kenntniß des Klagberechtigten gelangen konnten,[3]) in welchem Falle die Verjährungsfrist von dem Zeitpunkt des entdeckten Schadens an zu laufen beginnt.

[1]) Die Vormundschaftsklage ist selbstverständlich bei den ordentlichen Zivilgerichten anzustellen.

Dieses Klagrecht ist um so mehr gerechtfertigt, je weniger Gewähr oft die Vormundschaftsbehörden für strenge und gewissenhafte Ueberwachung des Vormundes bieten und je weniger sie selbst von dem Mündel haftbar gemacht werden können. Einzig in dieser Vormundschaftsklage ist daher oft dem Mündel die Möglichkeit gewährt, sich für gewissenlose Verwahrlosung seiner Interessen schadlos zu machen. Sie ist der, freilich viel weiter ausgedehnten actio tutelae des röm. Rechts nachgebildet.

[2]) Nach dem ursprünglichen Entwurf erlosch die Vormundschaftsklage mit Ablauf Eines Jahres nach Beendigung der Vormundschaft, so daß jeweilen dem Mündel selbst Gelegenheit gegeben gewesen wäre, nachdem er die Verwaltung seines Vermögens erlangt, die vormundschaftliche Verwaltung zu prüfen und sich darnach zu benehmen. Die zweite Kommission glaubte aber (nicht ohne Grund), den Vormund, dem ein anderer in der Verwaltung nachfolgt, nicht so lange in der Ungewißheit lassen zu sollen, ob er noch mit einer Vormundschaftsklage bedroht sei oder nicht und bestimmte daher, daß das Klagrecht gegen jeden Vormund „mit Ablauf Eines Jahres nach seiner Entlastung" erlöschen solle, so daß auch, wenn einem Vormund ein anderer nachfolgt und somit die Vormundschaft fortdauert, die Vormundschaftsklage gegen ersteren innert einem Jahre angestellt werden muß, was freilich in diesem Fall nicht durch den (noch bevormundeten) Mündel selbst, sondern nur durch seinen „gesetzlichen Vertreter", also durch den (hiezu von der Vormundschaftsbehörde ermächtigten) nachfolgenden Vormund wird geschehen können.

[3]) Es genügt also nicht, daß die betreffende Thatsache überhaupt nicht früher zur Kenntniß des Mündels (oder seines Vertreters) gelangte, sondern es müssen überdies die Umstände derart sein, daß sie, trotz angewandten, wenigstens gewöhnlichen Fleißes nicht wohl hätten zur Kenntniß gelangen können.

Anmerk. Die Oberengad. St. ließen die Vormundschaftsklage bis zum erfüllten 30sten Jahre des (wegen Minderjährigkeit bevormundet gewesenen) Mündels zu, jedoch nicht gegen die Erben der Vögte. Die Klage konnte auch gegen Dritte, welche sich auf seine Kosten bereicherten (chi havessan hagieu qualche avantaig), nicht aber gegen deren Erben gerichtet werden. Nach den Poschiaver St. verjährten die Klagrechte des Bevormundeten erst nach 30 Jahren.

§ 126.
Kosten der Vormundschaftsbehörde.

Die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde beziehen dieselben Tag- und Reisegelder wie Mitglieder der Kreisgerichte. Die ergehenden Unkosten können auf die jeweilen behandelten Geschäfte nach Maßgabe der auf dieselben verwendeten Zeit vertheilt werden und sind alsdann von den betreffenden Mündeln, wenn sie nicht arm sind, sonst aber von der Kreiskasse mit Rückgriff auf die Heimathgemeinde derselben, zu tragen.

Zu möglichster Verminderung der Unkosten sind, wenn thunlich und so weit nicht Dringlichkeit vorhanden ist, immer eine Anzahl Geschäfte sammethaft in einer Sitzung zu behandeln.

§ 127.
Protokoll und Archiv.

Die Vormundschaftsbehörden haben über ihre Verhandlungen, namentlich über die Bestellung und Beeidigung von Vormündern, über Erledigung der ihrer Genehmigung unterlegten Geschäfte und über Rechnungsablage und Entlastung der Vormünder ein Protokoll nebst tabellarischer Uebersicht der Vormundschaftsfälle [1]) zu führen und für Aufbewahrung der Protokolle, Vormundschaftsbücher, Inventarien, Dokumente und Kostbarkeiten ein feuerfestes und sicheres Archiv [2]) zu halten. Ueber sämmtliche im Archive enthaltenen Gegenstände soll ein genaues Verzeichniß geführt werden.

[1]) Diese tabellarische Uebersicht (welche namentlich auch die für jeden Vormund fälligen Rechenschaftstermine anzuzeigen hat) ist für die Vormundschaftsbehörden unerläßlich um stets auf dem Laufenden zu sein, die zu überwachenden Vormundschaftsverwaltungen und Vormünder zu überblicken und namentlich die Rechenschaftstermine innezuhalten. Vgl. Soloth. Ges. § 331 und Zürch. Ges. § 359.

Um diese tabellarische Zusammenstellung zu erleichtern und die wünschbare Gleichförmigkeit zu erzwecken, werden auch hier gedruckte Formulare nothwendig werden.

[2]) Bei der hohen Wichtigkeit, welche diese Archive, besonders wenn auch Originalurkunden und Kostbarkeiten in ihnen aufbewahrt werden, für die Interessen der Mündel haben, kann nicht genug auf deren sicheren Verschluß und Feuerfestigkeit geachtet werden. Das Zürch. Ges. § 387 schreibt vor, daß der Schirmkasten mit drei Schlüsseln wohl verwahrt sein soll, wovon einer in den Händen des Waisenamtspräsidenten, die beiden andern in den Händen zweier Mitglieder sich befinden sollen. Eine ähnliche, in dem Entwurf enthalten gewesene Vorschrift wurde von der zweiten Kommission fallen gelassen.

§ 128.
Aufsicht der Kreisgerichte.

Den Kreisgerichten steht die Aufsicht über die Vormundschaftsbehörde ihres Kreises in der Weise zu, daß sie letztere wegen nachläßiger Erfüllung ihrer gesetzlichen Obliegenheiten, insbesondere wegen Saumseligkeit in Bestellung von Vormündern und in der Rechnungs-

abnahme, sowie wegen nachläßiger Protokollführung und übel verwahrten oder unordentlichen Archiv's zu rügen und ihr daherige Weisungen zu ertheilen das Recht und die Pflicht haben, auch ihr jederzeit Bericht über das Vormundschaftswesen abfordern können.

Sie haben insbesondere bei ihrem Amtsantritte das Protokoll und das Archiv der Vormundschaftsbehörde zu untersuchen [1])

[1]) Es ist schon oben (zu § 121) bemerkt worden, daß die meisten Gesetzgebungen, nach Vorgang des gemeinen Rechts, die Vormundschaftsbehörden für allen den Mündeln durch ihre Fahrlässigkeit verursachten Schaden verantwortlich erklären. Scheu vor der vorauszusehenden Inpopularität einer solchen Bestimmung so wie Billigkeitsrücksichten hielten von der Aufnahme eines ähnlichen Grundsatzes ab, wogegen man es wohl hätte wagen dürfen, den Kreisgerichten die Befugniß einzuräumen, wegen Nichtbefolgung ihrer Weisungen durch die Vormundschaftsbehörden Bußen zu verhängen, wie solches in dem Entwurf beantragt war. Freilich werden die Vormundschaftsbehörden meist aus Mitgliedern des Kreisgerichtes bestehen.

Um so nothwendiger wird es sein, daß die Kreisgerichte die ihnen in obigem Art. eingeräumten Rechte und überbundenen Pflichten pünktlich und gewissenhaft ausüben.

§ 129.

Weiterzug.

Gegen Schlußnahmen und Verfügungen einer Vormundschaftsbehörde kann von den dabei Betroffenen, als: von dem zum Vormund Gewählten, wenn er sich zu Uebernahme der Vormundschaft nicht pflichtig glaubt; von dem unter Vormundschaft Gestellten, wenn er die Rechtmäßigkeit dieser Maßregel bestreitet; in andern Fällen von dem Vormund sowohl als dem Mündel, sowie von des letztern Verwandten und Heimathgemeinde, der Weiterzug an den Bezirksgerichtsausschuß erklärt werden. [1])

Dieser Weiterzug muß, bei Verwirkung im Unterlassungsfalle, innert 14 Tagen nach erfolgter amtlicher Mittheilung oder, wenn diese nicht stattfand, nach erhaltener Kenntniß der beschwerenden Verfügung sowohl bei dem Präsidenten der rekurrirten Vormundschaftsbehörde erklärt als mittelst schriftlicher Eingabe an den Bezirksgerichtspräsidenten prosequirt werden.

Dieser Beschwerde ist eine Vertröstung von Fr. 25 oder ein Armuthszeugniß beizulegen.

Bei Beschwerden des Mündels und auf Verlangen desselben kann je nach Umständen der Vormund von dem Bezirksgerichtspräsidenten zu Erlegung der Vertröstung angehalten werden. [2])

[1]) Während somit die Kreisgerichte eine allgemeine administrative Aufsicht über die Vormundschaftsbehörden führen, erscheinen die Bezirksgerichtsausschüsse als die zweite Instanz zu Beurtheilung der von den Vormundschaftsbehörden ausgegangenen und an sie weitergezogenen speziellen Verfügungen. Das Verfahren steht im Einklang mit dem früher bei uns gesetzlich bestandenen.

[2]) Maßgebend wird hiebei besonders sein, ob der Weiterzug des Mündels von vorn herein als grundlos oder gar muthwillig erscheint oder nicht. Im ersteren Fall wird der Präsident, wenigstens wenn es einen ärmeren Mündel betrifft, es nicht auf sich nehmen, den Vormund zu einer offenbar unnützen Ausgabe zu veranlassen.

§ 130.

Weiteres Verfahren.

Der Bezirksgerichtspräsident hat diese Beschwerde sofort der rekurrirten Vormundschaftsbehörde, auch zu Handen einer allfälligen Gegenpartei, zur Vernehmlassung innert der peremtorischen Frist von 14 Tagen von der Intimation an, mitzutheilen. Erscheint der Sachverhalt dadurch nicht genügend aufgehellt, so kann der Präsident oder der Ausschuß gutfindenden Falls auch eine mündliche Verhandlung vor dem letzteren anordnen.

§ 131.

Kleinräthliche Oberaufsicht.

Die Oberaufsicht über das gesammte Vormundschaftswesen steht dem Kleinen Rath in der Weise zu, daß derselbe über Kompetenz-Anstände der Vormundschaftsbehörden entscheidet, Beschwerden der Vormundschaftsbehörden über Verfügungen der Kreisgerichte behandelt, und die Kreisgerichte, denen er auch jederzeit Rechenschaft über den Zustand des Vormundschaftswesens in ihren Kreisen abfordern kann, zu Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Verpflichtungen anhält. [1])

Gegen Verfügungen des Kleinen Raths in Vormundschaftssachen ist kein Weiterzug zulässig.

[1]) Ebenso wird der Kl. Rath Beschwerden der Kreisgerichte über Nichtbefolgung ihrer Weisungen ab Seite der Vormundschaftsbehörden behandeln (wie solches in dem ursprünglichen Entwurf ausdrücklich vorgesehen war) und überhaupt die nöthigen Vollziehungsverordnungen in Vormundschaftssachen (z. B. über Einrichtung der Archive und Protokolle u. s w.) erlassen.

II. Außerordentliche Vormundschaft.

---

§ 132.

Wann sie zu bestellen ist.

Außerordentliche Vormünder sind immer Kuratoren (Beistände).

Solche sind vorzugsweise [1]) zu bezeichnen:

a. Für Vertretung der Ehefrau in ihren Rechtsgeschäften mit dem Ehemann (§ 48), im Konkurse des letzteren (§ 156) und bei letztwilligen Verfügungen zu dessen Gunsten (§ 511), ferner der Kinder in Rechtsgeschäften mit ihren Eltern (§ 66), und der Mündel in solchen mit ihrem Vormund (§ 103). Zu Eingehung eines gültigen Rechtsgeschäftes zwischen zwei

unter demselben Vormund stehenden Mündeln ist wenigstens einem der letzteren ein außerordentlicher Beistand zu bestellen.

b. Zu Wahrung der Erbsansprüche einer noch ungeborenen Leibesfrucht [2]) (§ 5).

[1]) Es können somit auch noch in andern, als in den nachbenannten Fällen außerordentliche Kuratoren bezeichnet werden. Namentlich dürfte die Bestellung eines außerordentlichen Kurators für einen abwesenden Erben, um ihn bei der Erbtheilung zu vertreten, mitunter am Platz sein. Nach dem ursprünglichen Entwurf waren außerordentliche Kuratoren namentlich auch zu bestellen: a) „für Vertretung von Abwesenden zu vorübergehenden Zwecken, wenn Gefahr im Verzug ist und jenen es nicht mehr möglich ist, zeitig einzutreffen oder für einen Stellvertreter zu sorgen;" b) „für Vertretung eines in Untersuchungs- oder Gefängnißhaft Befindlichen oder durch vorübergehende Krankheitsfälle an der Bestellung eines Sachwalters Gehinderten, wenn Gefahr im Verzug ist." Schon der ersten Kommission erschienen aber diese Bestimmungen theils zu weit gehend theils als wohl nicht erschöpfend, daher man sich mit der namentlichen Hervorhebung der oben sub. a und b aufgeführten Fälle begnügte, ohne jedoch die Bestellung außerordentlicher Kuratelen auch in andern, eine solche rechtfertigenden Fällen ausschließen zu wollen.

Ein Fall einer außerordentlichen Kuratel bei Erbfällen findet sich in § 480.

[2]) Praktisch wird dies wohl nur dann nöthig werden, wenn ein Mann mit Hinterlassung einer schwangeren Wittwe stirbt, behufs Verwaltung des väterlichen Nachlasses (besonders wenn keine anderen Kinder vorhanden sind), bis das Kind geboren ist, indem jenachdem dieses lebend zur Welt kommt oder nicht, der Erbgang ein sehr verschiedener ist. Der *Code Nap.* § 393 erwähnt lediglich diesen Fall.

§ 133.

Verfahren.

Für das Verfahren in Fällen außerordentlicher Kuratelen gelten, so weit es die Natur der letztern zuläßt, dieselben Vorschriften wie für dasjenige in ordentlichen Vormundschaftsfällen; [1]) mit der nähern Bestimmung jedoch:

1. daß außerordentliche Kuratelen nicht bekannt gemacht werden müssen; und
2. daß außerordentliche Beistände auch von den Vormundschaftsbehörden des Wohnortes, ohne Begrüßung derjenigen des Heimathortes, bestellt werden können, und zwar in dringenden Fällen auch nur von ihrem Präsidenten, mit Vorbehalt nachträglicher Anzeige an die Behörde.

[1]) Was die Rechenschaftsablage betrifft, so wird dieselbe theils ihrer Natur nach sich auf den Gegenstand der außerordentlichen Kuratel beschränken theils regelmäßig am Schluß der Kuratel beziehungsweise nach Erfüllung der dem Kurator gestellten Aufgabe erfolgen.

Zweites Kapitel.

Von der Kuratel über öffentliche juristische Personen.

§ 134.

Deren Bestellung.

Oeffentliche juristische Personen können nur von denjenigen Behörden, unter deren Aufsicht, beziehungsweise Oberaufsicht, sie stehen (§ 92), unter Kuratel gestellt werden, [1]) und zwar nicht anders, als nach genauer Ermittlung der, diese Verfügung rechtfertigenden Thatsachen und nachdem die betreffenden juristischen Personen hierüber einvernommen worden.

Gegen eine von dem Kleinen Rath verhängte Kuratel kann an den Großen Rath rekurrirt werden.

[1]) Namentlich ist die Bevormundung von Gemeinden und Klöstern bei uns schon öfter von den Staatsbehörden verhängt worden.

§ 135.

Pflichten und Befugnisse der Kuratoren.

Die Pflichten und Befugnisse der Kuratoren öffentlicher juristischer Personen werden von den in allen Fällen ihnen zu ertheilenden Instruktionen bestimmt. [1])

[1]) Diese Instruktionen werden sich nach dem jeweiligen Zweck dieser Kuratelen richten.

Der ursprüngliche Entwurf enthielt noch folgenden Zusatz:

„In Ermangelung von Instruktionen haben sie (die Kuratoren) dieselben Obliegenheiten und Rechte, die laut § 102 und § 104 der Vogt hat, überdies aber für eine geregelte Komptabilität besorgt zu sein, in den Verwaltungsbehörden der ihnen unterstellten Korporationen und Stiftungen den Vorsitz zu führen, für die in § 103 Ziff. 4 bis 11 aufgeführten Rechtsgeschäfte, wenn sie anders für die betreffenden juristischen Personen verbindlich werden sollen, die Genehmigung ihrer Oberbehörden einzuholen und endlich letzteren über ihre Geschäftsführung Rechenschaft zu geben. Ihre Verantwortlichkeit bestimmt sich nach den Grundsätzen des § 121.“

Drittes Kapitel.

Von der Kuratel über Liquidationsmassen.

§ 136.

Verschiedene Arten der Liquidation.

Eine obrigkeitliche (gerichtliche oder vormundschaftliche) Liquidation kann über das Vermögen physischer sowohl als juristischer Personen verhängt werden.[1]) Das zu bereinigende Vermögen (Liquidationsmasse) ist entweder aktiv oder passiv,[2]) je nachdem es zu Deckung der Schulden hinreicht oder nicht.

[1]) Die obrigkeitliche Liquidation hat zunächst zum Zwecke, den Bestand des in obrigkeitliche Verwahrung genommenen Vermögens zu ermitteln und je nach Umständen es auch der auf ihm haftenden Schulden zu entledigen, beziehungsweise (bei der konkursmäßigen Ausrichtung) es zu Deckung derselben, so weit es reicht, zu verwenden. Mit diesen Liquidationen ist stets ein Rechnungsruf (§ 141) zu verbinden.

Die Bestimmungen über obrigkeitliche Liquidationen (mit Einschluß des Konkursverfahrens) wurden hier der Vollständigkeit wegen angeschlossen; denn da die obrigkeitlichen Liquidationen stets das freie Verfügungsrecht einer Person über ihr in obrigkeitliche Verwaltung genommenes Vermögen stille stellen oder gänzlich aufheben, so tragen sie augenscheinlich den Charakter eines Bevormundungsaktes. Auch sind die auf die Verwaltung sich beziehenden Pflichten eines Massakurators ganz analog denjenigen eines gewöhnlichen Kurators. Mit Unrecht wird daher diese Materie von allen übrigen privatrechtlichen Gesetzbüchern übergangen.

[2]) Ist das zu bereinigende Vermögen passiv, so entsteht eine Konkursmasse.

§ 137.

Wirkung der Liquidation.

Vermöge der obrigkeitlichen Liquidation (mag die Masse aktiv oder passiv sein) werden sowohl allfällige gegen den Liquidanten (beziehungsweise Konkursanten) eingeleitete gantgerichtliche Betreibungen[1]) als dessen Verfügungsrechte über das zu bereinigende Vermögen bis Austrag der Liquidation gehemmt.

Die Liquidation erstreckt sich über das ganze Vermögen des Liquidanten (beziehungsweise Konkursanten), mag es sich befinden wo immer.[2])

[1]) Die Einstellung eingeleiteter gantgerichtlicher Betreibungen ist eine nothwendige Folge der Stillstellung des Liquidanten (oder Konkursanten) in seinem Verfügungsrechte. Von der Verhängung der Liquidation an muß sich daher jeder Gläubiger dem Liquidationsverfahren unterwerfen.

[2]) Der ursprüngliche Entwurf enthielt auch die Bestimmung, daß „alle auf die (sei es aktive sei es passive) Liquidationsmasse bezüglichen Streitigkeiten vor den Gerichten, unter deren Botmäßigkeit die Liquidation eröffnet wurde, auszutragen seien." Da aber unser Zivilprozeß (§ 28) blos einen Gerichtsstand des Konkurses, nicht aber der Liquidation im Allgemeinen kennt, wollten die Kommissionen einen Einbruch in die Z. P. O. vermeiden, was zur Folge hat, daß es nun für aktive Liquidationen keinen eigentlichen Gerichtsstand gibt, sondern bei den allgemeinen Grundsätzen sein Bewenden hat.

I. Aktive Liquidationsmasse.

---

§ 138.

Wann die Liquidation zu verfügen ist.

Die gerichtliche Liquidation wird verfügt:

a. Zu Vereinigung des Vermögens sich auflösender oder aufgehobener juristischer Personen, wenn sie nicht selbst zur Liquidation geeignete Maßregeln ergreifen und zu diesem Zwecke durch das zuständige Kreisamt eine öffentliche Bekanntmachung im Amtsblatt erlassen; jedoch nur auf Begehren von Gläubigern (§ 97.)[1])

b. Zu Vereinigung des Vermögens im Kanton domilizirter Gesellschaften, wenn sie sich auflösen, auf begründetes Begehren von Gläubigern oder, abgesehen von ihrer Auflösung, wenn ein austretender Gesellschafter es mit Recht verlangt (§ 444).[2])

c. Zu Vereinigung des Vermögens eines zu Verpfründenden (§ 452).

d. Zu Vereinigung einer Verlassenschaft in den Fällen des § 481, wenn es sich nicht um eine ausgeschlagene Erbschaft handelt.[3])

e. Zu Vereinigung des Vermögens von Personen, gegen welche begründeter Verdacht vorliegt, daß sie sich durch dauernde Entfernung aus dem Kanton der Erfüllung ihrer im Kanton eingegangenen vermögensrechtlichen Verpflichtungen zu entziehen suchen. Eine solche Liquidation kann auch nur von den Kreisgerichtsausschüssen, jedoch nicht eher beschlossen werden, als nachdem auf Begehren von Gläubigern die Ausweisschriften oder Vermögensgegenstände des Auswanderungslustigen mit Arrest belegt worden.[4])

Die vormundschaftliche Liquidation wird verfügt:

a. **Zu Vereinigung des Vermögens von Bevormundeten (§ 115 und 134).[5])**

b. **Zu Vereinigung des ehelichen Vermögens, beziehungsweise des Frauengutes im Falle der Stählung und Gütertrennung (§§ 45, 49—52).**

[1]) Wenn also eine aufgehobene oder sich auflösende juristische Person (z. B. eine Aktiengesellschaft) von sich aus Maßregeln zur Liquidation ergreift, so wird keine obrigkeitliche Liquidation verhängt werden, es wäre denn, daß von Gläubigern dargethan werden könnte, daß jene Maßregeln „ungeeignet" seien, beziehungsweise die Interessen der Gläubiger gefährden.

[2]) Auch gegenüber sich auflösenden Gesellschaften wird somit regelmäßig keine obrigkeitliche Liquidation verhängt werden, es wäre denn, daß eine solche von Gläubigern nachgesucht und ihr Begehren auch begründet erfunden würde.

[3]) War die Erbschaft ausgeschlagen worden, so wird sofort der Konkurs eröffnet (s. § 152 Ziff. 6).

[4]) Diese Bestimmung hat beide Kommissionen sehr beschäftigt. Nach den Großrathsverordnungen vom 19. Juni 1846 und 25. Juni 1847 mußte ein obrigkeitlicher Rechnungsruf zum Behufe der Auswanderung nach „Amerika oder einem andern außereuropäischen Lande" erlassen werden. Nun ist sofort klar, daß wenn man überhaupt eine obrigkeitliche Liquidation zum Zweck der Auswanderung für nöthig erachtet, eine solche mindestens eben so gerechtfertigt wäre bei Auswanderungen nach entfernten europäischen Ländern, wie nach Spanien, Schweden, Rußland, Türkei u. s. w., indem es den hiesigen Gläubigern mindestens eben so schwer fiele, den Schuldner in den genannten Ländern als in Amerika zu belangen. Ja man glaubte mit Fug sogar verlangen zu dürfen, daß Jeder, der seinen Wohnsitz dauernd außer den Kanton verlegen will, bevor dies geschieht und er sein hiesiges Vermögen wegzieht, seine im Kanton eingegangene Verbindlichkeiten erfülle, indem, wenn dies nicht geschieht, der Auswandernde sich dem Verdacht aussetzt, daß er der Erfüllung seiner Verpflichtungen sich zu entziehen beabsichtige. Man hielt ferner dafür, daß, sofern ein solcher Verdacht begründet erscheine, die Verhängung einer obrigkeitlichen Liquidation und Arrestlegungen selbst gegenüber Schweizerbürgern, die in einen andern Kanton zu ziehen gedenken, gerechtfertigt sei und daß die Bundesverfassung diesem Verfahren nichts in den Weg lege, indem es nicht in ihrer Absicht liegen könne, Prellerei zu begünstigen. Anderseits fand man aber auch, daß die mit einer obrigkeitlichen Liquidation verbundene Stillstellung einer Person in ihren Verfügungsrechten ein so tiefer Eingriff in ihre persönliche Freiheit sei, daß sie jedesmal in den Umständen ihre Begründung finden müsse, so daß der Auswandernde z. B. dadurch, daß er das Publikum durch eine Privatbekanntmachung von seiner beabsichtigten Auswanderung in Kenntniß setzt und eine Vereinigung seiner Vermögensverhältnisse von sich aus anbahnt oder für die Erfüllung seiner allfälligen Verpflichtungen hinreichende Sicherheit leistet, die obrigkeitliche Liquidation abwenden kann. Auch soll letztere nur verhängt werden, nachdem von Gläubigern schon beim Kreisamt die Arrestlegung auf Ausweisschriften oder Vermögensgegenstände des Auswanderungslustigen erwirkt worden. Unter dieser Voraussetzung kann aber das Kreisgericht (oder dessen Ausschuß) auch ohne besonderes Begehren von Gläubigern die Liquidation und den damit verbundenen Rechnungsruf (§ 141) verfügen, wenn es Grund hat, anzunehmen, daß noch andere Gläubiger sich finden möchten, indem alsdann die Gerechtigkeit es erheischt, daß letztere ebenfalls geschützt werden und ihnen das etwa vorhandene Vermögen des Auswanderungslustigen eben so wohl als denjenigen, welche den Arrest bewirkten, zur Deckung diene. Was sodann insbesondere diesen Arrest betrifft, so wird derselbe von dem Kreisamt auch nur dann zu gewähren sein, wenn „begründeter Verdacht vorliegt, es beabsichtige der Auswanderungslustige, sich durch seine Entfernung seinen im Kanton eingegan-

genen Verpflichtungen zu entziehen" und gelten übrigens bezüglich des Verfahrens die Bestimmungen des Gesetzes über „Sequester und Arrest".

Bemerkenswerth sind die einschlägigen Bestimmungen des Klosterser uud des Obervazer L. B. Jenes verfügt unter der Aufschrift: „Wann einer wollte etwas Guts außem Lande züchen und im Land noch schuldig wäre" daß der Gläubiger dem Schuldner, der „sein Hab und Gut aus dem Lande zühen wollte, so viel Gut verbieten und stillstellen" könne, „damit man bezahlt werden möge." Und das Obervazer L. B.: „wer in unsere Gemeindt hat gehauset, und daraus zücht, der muß ein gantzes Jahr in unserm Gericht darnach Weerschafft halten."

[5]) Bei Bevormundungen ist die Verhängung einer Liquidation (mit Rechnungsruf) laut § 115 nicht obligatorisch, sondern der Behörde freigestellt.

§ 139.

Zuständige Behörde.

Gerichtliche Liquidationen sind von dem Gerichte des Kreises zu verfügen, in welchem der Eigenthümer des zu bereinigenden Vermögens (sei er eine physische oder juristische Person) seinen Wohnsitz hat oder zuletzt hatte, oder in Ermanglung eines solchen, wenn er Kantonsbürger ist oder war, desjenigen Kreises, in welchem er oder seine Voreltern zuletzt bürgerliche Rechte ausgeübt haben.

In Verbindung mit Bevormundungen können Liquidationen von denjenigen Behörden, von welchen jene ausgehen, angeordnet werden. [1])

[1]) Da sowohl zum Zweck der Stählung als der Gütertrennung regelmäßig der Frau ein Kurator von der Vormundschaftsbehörde wird gegeben werden müssen, so wird es auch die nämliche Behörde sein, welche in solchen Fällen die Liquidation und den Rechnungsruf beschließt.

§ 140.

Jedes nicht vormundschaftlich verwaltete Vermögen, [1]) über welches die Liquidation verhängt wird, muß gleichzeitig von der nämlichen Behörde unter Kuratel gestellt werden. Letztere kann auch ständigen Liquidatoren oder den Kanzleien der betreffenden Liquidationsbehörden übertragen werden. [2])

Wurden eigene Kuratoren (Liquidatoren) ernannt, so sind dieselben von dem Präsidenten der Behörde, welche sie bestellte, auf gewissenhafte Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Pflichten ins Handgelübde zu nehmen.

Die Kuratoren haben bis Austrag der Liquidation für möglichst unversehrten Bestand des Massavermögens, vorbehältlich des nöthigen Unterhaltes des Liquidanten und seiner Familie[3]), zu sorgen und vertreten in dieser Beziehung gegenüber Dritten die Person des Liquidanten.

[1]) Wenn somit die Liquidation über einen Bevormundeten oder in Verbindung mit einer Bevormundung verhängt wird, so ist die Bestellung eines eigenen Massakurators nicht nöthig, vielmehr wird alsdann der Vormund Massakurator.

[2]) Die Aufstellung ständiger Liquidatoren so wie die Uebertragung von Liquidationen an die Kanzleien der die Liquidation beschließenden Behörden dürfte sehr im

Interesse einer beförderlicheren und umsichtigeren Massabereinigung liegen. Nach den meisten Gesetzgebungen werden überhaupt obrigkeitliche Liquidationen (die sich anderswo freilich in der Regel auf Konkurse beschränken), gleichsam als Ausfluß der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ohne Weiteres von den zuständigen Aemtern selbst besorgt

3) Da der Liquidant nicht als Konkursant zu behandeln ist, so muß für dessen Lebensunterhalt während der Dauer der Liquidation gesorgt werden. Das Maß des an ihn zu Verabreichenden wird sich theils nach dem Stand der Masse theils nach der Lebensstellung und den Bedürfnissen des Liquidanten richten.

§ 141.

Rechnungsruf.

Jeder Liquidationsbeschluß muß, um für Dritte verbindlich zu werden, mit genauer Bezeichnung der Person des Liquidanten und der bestellten Kuratel nebst Angabe des Grundes der verfügten Liquidation, mindestens einmal durch einen Rechnungs- (Liquidations-) Ruf [1]) im Amtsblatte bekannt gemacht [2]) und damit die Aufforderung an die Gläubiger [3]) verbunden werden, ihre Ansprüche an den Liquidanten innert der peremtorischen Frist von acht Wochen der Massakuratel schriftlich einzureichen, unter gleichzeitiger Androhung der an die unterlassene rechtzeitige Anmeldung (laut § 148) geknüpften Rechtsnachtheile.

Jeder Rechnungsruf bedarf zu seiner Bekanntmachung der kleinräthlichen Bewilligung [4]) und es beginnt jene Anmeldungsfrist mit dem Tage der letzteren. Der Rechnungsruf kann, je nach der Ausdehnung des Verkehrs des Liquidanten, auch durch auswärtige öffentliche Blätter bekannt gemacht werden. [5])

1) Die „Rechnungsrüfe", als amtliche Ediktalaufforderungen an die Gläubiger (und Schuldner) behufs bloser Vereinigung von Rechnungsverhältnissen, waren bei uns ehemals eine eigentliche Landesplage und haben sicher nicht wenig unsern Landeskredit erschüttert. Wenn zwar auch die schreiendste Härte unseres alten Gesetzes über „Bekanntmachung von Schulden- und andern Rüfen" von 1832, nämlich der an die Versäumniß der Einlage geknüpfte Verlust einer Forderung durch dessen Revision vom 16. Juni 1853 beseitigt wurde, so gewährte auch dieses revidirte Gesetz der Willkür großen Spielraum, indem es weder die Fälle, in welchen ein Rechnungsruf zuläßig sein sollte, speziell bezeichnete noch auch die rechtlichen Folgen solcher Rechnungsrüfe irgendwie ausreichend angab. Man darf sich daher eben so wenig über den Mißbrauch wundern, der bei uns mit diesen Rechnungsrüfen getrieben wurde, als über die namenlose Verwirrung, die hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur herrschte.

Diesen Uebelständen dürfte nun wesentlich dadurch abgeholfen sein, daß

a) fortan keine anderen Rechnungsrüfe als in den sub. § 138 aufgeführten Fällen zuläßig sind, und
b) jeder solche Rechnungsruf eine obrigkeitliche Liquidation nach Maßgabe der Vorschriften dieses Kapitels zur Folge haben muß.

Trotz dieser sehr erheblichen Einschränkung der „Rechnungsrüfe" dürften solche bei uns noch immer zahlreicher sein, als in irgend einem andern Staate, indem die meisten Gesetzgebungen solche Ediktalaufforderungen nahezu blos im Konkursfall kennen. Und in der That sind solche Präklusivtermine, wodurch Gläubiger, namentlich auswärts wohnende, sehr geschädigt und nicht nur die gesetzlichen Verjährungsfristen, sondern auch die solidesten Rechtstitel wirkungslos gemacht werden können, nur durch die dringendsten Umstände zu rechtfertigen. Um so mehr werden es sich die Behör-

den zur Pflicht machen, die von dem Gesetz nun gezogenen Schranken nicht zu überschreiten.

Die Ausdehnung unserer früheren Rechnungsrüfe auf jede beliebige Liquidation ist ohne Zweifel der Einwirkung des Churer St. R. zuzuschreiben, das in einer „Ordnung" v. 1760 „wegen lange angestandener Forderungen" die Erlassung eines Rechnungsrufes beim Tode einer jeden bürgerlichen Person verordnete und sie auch „wegen übler Haushaltung oder anderer Ursachen" zuließ, „um die Schulden aufzunehmen und richtig zu machen."

2) Andere Konkursgesetze verlangen auch zweimalige Bekanntmachung der Ediktalaufforderung.

3) Die früher bei uns gebräuchlich gewesene gleichzeitige Aufforderung an die Schuldner, ihre Schulden anzuzeigen, wurde als zwecklos beseitigt.

(Die Oberbunds-Art. machten bei dem „Schuldenruf" auch die Eingabe der Schulden bei Strafe doppelter Bezahlung zur Pflicht.)

4) Ein Antrag, diese „kleinräthliche Genehmigung" als zwecklos und übrigens dem Grundsatz der Trennung der Gewalten widerstreitend, zu beseitigen, blieb schon in der ersten Kommission in Minderheit.

5) Die Frage, ob den Massakuratoren auch eine besondere Anzeige an die ihnen bekannten Gläubiger, wenigstens an die Pfandgläubiger zur Pflicht zu machen sei, wie solches andere Konkursgesetze vorschreiben, veranlaßte in beiden Kommissionen weitläufige Diskussionen. Unser altes Konkursges. (§ 6) verpflichtete bekanntlich die Massakuratoren zu einer solchen Anzeige an alle „auswärtigen Pfandgläubiger und sonst ihnen bekannte auswärtige Gläubiger." Von der Ansicht ausgehend, daß eine Bevorzugung der auswärtigen Gläubiger gegenüber den inländischen nicht angehe, daß aber die dinglichen Rechte der Pfandgläubiger doch eine besondere Berücksichtigung verdienen, hatte die erste Kommission die Massakuratoren verpflichten wollen, an alle „Hypothekargläubiger" besondere Anzeige von dem ergangenen Rufe zu machen. Die zweite Kommission glaubte zwar, den Kurator von einer solchen besonderen Anzeige entbinden zu können, verpflichtete ihn aber, die aus den Pfandbüchern ersichtlichen Hypothekarschulden auch in den Passivstatus aufzunehmen. Vgl. § 146.

§ 142.

Inventarisation.

Unmittelbar nach dem Liquidationsbeschluß und der Bestellung des Kurators soll, sei es durch diesen selbst, sei es durch einen von dem Kreisgerichte hiezu besonders Beauftragten, wenn möglich unter Beihülfe des Liquidanten, das sämmtliche Vermögen des letzteren inventarisirt werden,[1]) und zwar mit folgenden nähern Bestimmungen:

1. **Ist das Eigenthum an einem Vermögensstück zweifelhaft, so ist solches im Inventar zu bemerken;**
2. **die Inventarstücke sind, nöthigenfalls durch beeidigte Schätzer, gleichzeitig in Geldwerth anzuschlagen.**

1) Dieses Inventar wird freilich vorerst selten schon das ganze Aktivvermögen umfassen, indem z. B. die genaue Ermittlung der Forderungsrechte des Liquidanten in der Regel erst später möglich sein wird. Bei Konkursen machen es daher Schweizergesetze dem inventarisirenden Amt zunächst blos zur Pflicht, die Bücher und Schriften des Falliten zu versiegeln oder in amtliche Gewahrsam zu nehmen.

Hinsichtlich der Inventarisation von Vermögen, das außerhalb des betreffenden Kreises liegt, wird man sich nach Anleitung des § 116 zu verhalten haben.

§ 143.

Verheimlichung und sichernde Maßnahme.

Der Liquidant ist schuldig, sein Vermögen getreu anzugeben und über dessen Stand die nöthigen Aufschlüsse zu ertheilen. Verheimlicht er Vermögensbestandtheile und bringt er dadurch Dritte in Schaden, so wird solches als Betrug behandelt. [1])

Behufs Sicherung des zu bereinigenden Vermögens stehen den Kreisgerichten dieselben Befugnisse wie laut § 111 den Vormundschaftsbehörden zu. [2])

[1]) Die Absicht zu verheimlichen muß in solchem Falle freilich als erwiesen angesehen werden können.

Es wird übrigens gut sein, dem Liquidanten von dieser Gesetzesvorschrift Kenntniß zu geben.

[2]) Namentlich wird also unter Umständen die Siegelung am Platz sein.

§ 144.

Eingabe der Forderungen.

Auf den Rechnungsruf sind alle vermögensrechtlichen Ansprüche an den Liquidanten, selbst die mit Faust- oder Grundpfand versicherten, [1]) schriftlich anzumelden.

Die Einlagen haben den Betrag der Forderung möglichst genau anzugeben und sind mit den betreffenden Belegen in Original oder beglaubigter Abschrift oder wenigstens mit der Bezeichnung derselben zu versehen. [2])

Kann jedoch der Betrag der Forderung noch nicht genau ausgemittelt werden, so ist auch nur eine annähernde, beziehungsweise eventuelle [3]) Angabe desselben, mit Vorbehalt seiner genauern Ausmittlung zuläßig.

[1]) Auch ein Faustpfandgläubiger kann also rechtlich, wenn er sich nicht anmeldet, nach Ablauf der Rufzeit im Sinne des § 148 ausgeschlossen und zur Herausgabe des Faustpfandes an die Masse angehalten werden.

[2]) Es wird dies von den meisten auswärtigen Konkursgesetzen, und zwar mitunter in noch stringenterer Form verlangt. In der That kann der Kurator auch nur hiedurch in den Fall gesetzt werden, über die Begründetheit einer Einlage sich eine rechtliche Ansicht zu bilden und ist eine solche Vorschrift überdies geeignet, von der Anmeldung gänzlich unbegründeter Forderungen, wie solche bei uns oft schon an der Tagesordnung war, abzuhalten. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat freilich keine Präklusion im Sinne des § 148 zur Folge, wohl aber wird der Gläubiger um so eher zu gewärtigen haben, von der Kreditorenversammlung abgewiesen zu werden und den Rechtsweg betreten zu müssen.

[3]) Z. B. Forderungen, die erst durch den Eintritt einer bestimmten Thatsache (Bedingung) existent werden, bis dahin aber als schwebend anzusehen sind.

§ 145.

Pflichten der Kuratel hinsichtlich der Einlagen.

Wenn Einlagen es entweder an der wünschbaren Bestimmtheit oder an den Belegen, beziehungsweise deren Bezeichnung, fehlen

lassen, so soll die Massakuratel die betreffenden Gläubiger zur Verbesserung beziehungsweise Ergänzung ihrer Einlagen auffordern: gutfindenden Falls kann sie auch die Beibringung der Originalbelege oder, wenn diese nicht wohl möglich ist, diejenige legalisirter Abschriften oder Auszüge verlangen.

Ueber die eingereichten Einlagen (die sorgfältig aufzubewahren sind) hat der Kurator ein fortlaufendes Verzeichniß, mit genauer Angabe des Datums der Anmeldung, zu führen. Er hat ferner über die angemeldeten Forderungen den Liquidanten, welcher seinerseits die nöthigen Aufschlüsse zu ertheilen schuldig ist, einzuvernehmen und von dessen allfälligen Einreden Vormerkung zu nehmen. Ueberhaupt hat er Zweifel und Dunkelheiten, die sich in Bezug auf die Richtigkeit der Einlagen ergeben möchten, möglichst aufzuklären und so weit thunlich zu beseitigen.[1])

[1]) Eine baldmögliche Aufklärung aller in Betracht kommenden Verhältnisse liegt gar sehr im Interesse einer beförderlichen und sachgemäßen Liquidation. Ganz besonders ist es bei Konkursmassen (und eine solche kann ja jede vorläufig aktive Liquidationsmasse werden — s. § 147) wichtig, daß eine solche Aufklärung und Vorbereitung durch den Massavogt schon der ersten Kreditorenversammlung vorausgehe.

§ 146.

Vermögensstatus.

Nach Ablauf der in dem Rechnungsrufe anberaumten Anmeldungsfrist soll der Liquidator eine Uebersicht des Vermögensstandes (Vermögensstatus) mittelst Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven und mit besonderer Bezeichnung der illiquiden Posten aufstellen.

In den Aktivbestand sind unter Zugrundlegung des Inventars aufzunehmen: alle persönlichen und dinglichen Rechte des Liquidanten, soweit solche aus dessen Schriften oder Angaben oder auf anderem Wege zu erheben waren, so wie sein sämmtliches bewegliches und unbewegliches Eigenthum,[1]) mit Einschluß derjenigen Gegenstände, auf welchen Faustpfandrechte[2]) oder Grundversicherungen haften. Sollte dem Liquidanten vor Ablauf der Rufzeit neues Vermögen zufallen, so ist solches auch in den Aktivstand aufzunehmen.

In den Passivstand sind aufzunehmen:

1. alle rechtzeitig und schriftlich angemeldeten Forderungen, so weit solche nicht bis dahin etwa fallen gelassen oder beschränkt wurden;
2. auch nicht angemeldete versicherte Kapitalforderungen, so weit sie aus den Hypothekenbüchern ersichtlich sind.[3])

[1]) Was sich als Eigenthum Dritter (z. B. auch der Kinder des Liquidanten) herausstellt, darf selbstverständlich in diesen Status eben so wenig als in denjenigen der Konkursmasse (§ 156) aufgenommen werden.

Hinsichtlich des Frauenvermögens, so weit solches bei dieser Liquidation in Betracht kommt, gelten die Grundsätze der §§ 40 und 156.

²) Es versteht sich aber, daß Faustpfänder, so lange die darauf haftende Schuld nicht bezahlt ist, den betreffenden Gläubigern nicht abgefordert werden können.

³) Vgl. Anmerk. 5 zu § 141.

§ 147.

Liquidation.

Sollte sich aus dem Vermögensstatus oder schon vor Ablauf der Rufzeit die Passivität der Masse ergeben oder auch nur deren Aktivität zweifelhaft sein, so hat der Kurator solches seiner Oberbehörde behufs allfälliger Einleitung eines Konkursverfahrens (§ 152) einzuberichten, sonst aber, wo möglich unter Mitberathung des Liquidanten, das Vermögen durch Tilgung der Passiven so weit thunlich [1]) zu bereinigen, so jedoch, daß er zur Veräußerung von Liegenschaften, zum Abschlusse von Vergleichen und zur Einlassung in Kompromisse und Prozesse, der Genehmigung der Behörde, von welcher er sein Mandat erhielt, bedarf. Das Ergebniß der Liquidation wird er letzterer mittheilen, der es auch zusteht, nach erfolgter Prüfung und Genehmigung seiner Verwaltung, unter Bestimmung eines, seinen Bemühungen angemessenen Honorars, ihn zu entlassen.

¹) Eine definitive Vereinigung durch Tilgung sämmtlicher Passiven wird bei unzweifelhaft aktiven Massen (und nur um solche kann es sich hier handeln, indem ja über Massen, deren Aktivität zweifelhaft ist, das Konkursverfahren zu eröffnen ist) unbedingt nothwendig werden in den in lit. a, b, d und e des § 138 bezeichneten Fällen gerichtlicher Liquidation und meist wohl auch bei der ehelichen Gütertrennung, so weit wenigstens Gläubiger nicht durch genügende Sicherheit zufrieden gestellt würden. Dagegen wird bei Verpfründungen und Bevormundungen eine sofortige durchgreifende Schuldentilgung weder nöthig noch wünschbar sein, besonders dann, wenn solche für den Liquidanten mit Verlust verbunden wäre, z. B. wenn zu solchem Zwecke Grundstücke unter ihrem Werth verkauft werden müßten.

§ 148.

Unterlassene Anmeldung.

Auf einen Rechnungsruf, nach Maßgabe des § 141, nicht rechtzeitig und schriftlich [1]) angemeldete Forderungen werden zwar durch diese Unterlassung rechtlich nicht verwirkt, können aber, wenn die Anmeldung nicht durch höhere Gewalt oder unverschuldeten Zufall [2]) verhindert wurde, erst nachdem alle rechtzeitig Angemeldeten ausgerichtet worden, aus dem allfälligen aktiven Ueberschuß der Masse befriedigt werden. Die unterlassene oder verspätete Anmeldung hypothekarisch versicherter Forderungen hat zur Folge, daß ihre allfällig ausstehenden Zinsen gleich den nicht rechtzeitig angemeldeten unversicherten Forderungen behandelt werden [3])

¹) Nur wenn die Forderungen nicht rechtzeitig oder nicht schriftlich angemeldet wurden, sind sie bei der Liquidation nicht zu berücksichtigen, nicht aber auch etwa deßhalb, weil sie nicht genau oder nicht belegt waren. Vgl. Anmerk. 2 zu § 144.

²) Eine durch „höhere Gewalt" oder „unverschuldeten Zufall" verspätete Einlage berechtigt zur restitutio in integrum. Im Falle entstehenden Streites muß auf

dem ordentlichen Rechtswege darüber entschieden werden. Der blose Umstand, daß der erlassene Rechnungsruf dem säumigen Gläubiger, etwa weil dieser in einem andern Staate sich aufhält, nicht zur Kenntniß gelangte, entschuldigt ihn natürlich nicht. **Vigilantibus iura!**

[3]) Das Pfandrecht ginge somit für die hypothezirte Kapitalforderung in solchem Fall nicht verloren, so daß der übergangene Pfandgläubiger selbst nach erfolgter Ausrichtung für das Kapital sein dingliches Recht gegenüber dem Besitzer des ihm verpfändeten Grundstücks geltend machen könnte, wogegen letzterer sich an den gewesenen Massa-Interessenten, beziehungsweise an denjenigen derselben, welche durch Nichtberücksichtigung des übergangenen Pfandgläubigers bereichert wurden, schadlos zu halten suchen müßte, was freilich in der Regel schwierig durchzuführen sein dürfte. — Je nach Umständen dürfte wohl auch eine Schadensklage gegenüber dem gewesenen Massakurator statthaft sein, sofern ihm nämlich eine grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 151 nachgewiesen werden könnte.

Anmerk. Die unserm früheren Gesetze über Rechnungsrüfe enthobene Bestimmung, daß gegenüber nicht angemeldeten Forderungen „die solidarische Haftbarkeit mitverpflichteter Liquidanten, sofern eine solche früher bestand, erlösche", wurde von der zweiten Kommission gestrichen, in der Meinung, daß dieselbe geringen praktischen Werth habe, was aber bezweifelt werden darf. Hinsichtlich der Erben ist übrigens in § 479 das Erlöschen der Solidarität besonders ausgesprochen. Wohl nicht überflüssig wäre dagegen die fragliche Bestimmung gewesen mit Rücksicht auf Ehegatten und Gesellschafter.

§ 149.

Aufsicht und Weiterzug.

In Bezug auf die Beaufsichtigung der Massakuratelen gelten, mit dem Unterschiede, daß bei gerichtlichen Liquidationen die Kreisgerichte an die Stelle der Vormundschaftsbehörden treten, dieselben Grundsätze, wie laut § 120, 128 und 131 für Beaufsichtigung der Vormundschaftsbehörden über physische Personen. [1])

Auch findet der Weiterzug von den Kreisgerichten, beziehungsweise Vormundschaftsbehörden (wenn diese eine Liquidation verfügen) an die bezirksgerichtlichen Ausschüsse in derselben Weise wie laut § 129 und 130 von den Vormundschaftsbehörden an letztere Statt, so zwar, daß dem Liquidanten dasselbe Recht zur Beschwerde wie dem Mündel zusteht.

Gegen Massakuratoren, welche der Aufforderung der Kreisgerichte zur Rechnungsablage nicht nachkommen, ist nach Anleitung des § 119 einzuschreiten.

[1]) Demnach steht den Kreisgerichten beziehungsweise den Vormundschaftsbehörden (wenn diese Rechnungsrüfe erlassen) namentlich auch eine fortlaufende Aufsicht über die Liquidatoren zu, so daß sie ihnen Weisungen ertheilen und für Nichtbefolgung derselben oder gesetzlicher Vorschriften sie mit Fr. 5 bis Fr. 20 büßen können.

Auch wird eine tabellarische Uebersicht der verfügten Liquidationen und der bestellten Massakuratoren nebst dem Zeitpunkt ihrer Bestellung u. s. w. eine Grundbedingung zu dieser fortlaufenden Kontrolle sein. (Vgl. § 127 u. 171.)

§ 150.

Kostenvertheilung und Protokollführung.

Die bei den Liquidationsbehörden für Liquidationsgeschäfte er-

gehenden Unkosten sind nach Maßgabe der Zeitverwendung und der bestehenden Taxen von den Liquidationsmassen zu erheben.

Ueber ihre Verhandlungen haben die Liquidationsbehörden ein Protokoll zu führen.

§ 151.

Entlassung und Verantwortlichkeit der Kuratoren.

Ueber Entlassung und Entlastung des Massakurators gelten dieselben Grundsätze wie laut § 125 über Entlassung und Entlastung des Vormundes.

Die Verantwortlichkeit der Kuratoren für den durch fahrläßige Verwaltung nachweisbar verursachten Schaden gegenüber dem Liquidanten und gegenüber den Gläubigern ist dieselbe wie laut § 121 diejenige des Vormundes gegenüber dem Mündel, mit Vorbehalt derjenigen Bestimmungen in dem zitirten Artikel, welche ihrer Natur nach nur auf Vormünder anwendbar sind. [1])

[1]) Die Gläubiger werden hauptsächlich dadurch geschädigt werden können, daß die Masse durch Schuld des Kurators passiv wird, wie solches bei uns öfter vorgekommen ist. Eine verschärfte Verantwortlichkeit der Kuratoren ist daher dringend geboten.

II. Konkursmasse. [1])

[1]) Es lag ursprünglich nicht in der Absicht des Redaktors, den Konkursprozeß in das Gesetz aufzunehmen. Da indeß Bestimmungen über die aktive Liquidationsmasse unerläßlich waren, die Grundsätze der letztern aber vielfach auch in die Konkursmasse übergreifen, so beschloß schon die erste Kommission auch die Aufnahme des Konkursprozesses, so jedoch, daß man sich möglichst an die Grundsätze des schon bestehenden Gesetzes zu halten habe.

---

§ 152.

Wie sie entsteht.

Eine Konkursmasse ist eine passive Liquidationsmasse und unterliegt als solche einer eigenen Behandlung, indem die Disposition über dieselbe bis zu vollendeter Liquidation auf die Gläubiger übergeht. [1]) Sie entsteht durch eine gerichtliche Konkurserkanntniß, und zwar:

1. Wenn in Folge des Liquidations- oder Rechnungsrufes, gemäß § 147, die Passivität einer Masse dem Gerichte als unzweifelhaft erscheint; [2])
2. Wenn ein Schuldner sich selbst zahlungsunfähig erklärt;

3. wenn das gegen einen Schuldner eingeleitete Schatzungsverfahren, weil Gläubiger mit liquiden Forderungen gegen dessen Vollzug protestirten, abgebrochen wurde (§ 9 der Gantordnung) und der Schuldner nicht innert einer kurzen, gerichtlich anzuberaumenden Frist sich als zahlungsfähig auszuweisen, beziehungsweise die treibenden und die protestirenden Gläubiger zufrieden zu stellen vermag; [3])
4. wenn ein notorisch Verschuldeter sich flüchtig macht oder verborgen hält, ohne, trotz ergangener öffentlicher Aufforderung, entsprechende Vorkehrung zu Deckung seiner Schulden zu treffen; jedoch nur auf Begehren von Gläubigern;
5. wenn das Schatzungsverfahren, aus Mangel an pfändbarem Vermögen des Schuldners, nicht zur Befriedigung des treibenden Gläubigers führte; auf Begehren des letzteren; [4])
6. zu Vereinigung einer ausgeschlagenen Erbschaft (§ 481 Ziff. 1).

[1]) Die passive Liquidationsmasse oder die Konkursmasse unterscheidet sich von der aktiven dadurch, daß die Dispositionsrechte über das Massavermögen durch das Konkursdekret auf die Gläubiger übergehen. Letztere bilden daher im Grunde eine Genossenschaft (somit eine juristische Person) mit Theilrechten, jedoch nur zum Zwecke ihrer Befriedigung so weit ihre Forderungen reichen. Mit Vorbehalt dieses den Gläubigern zustehenden Befriedigungsrechtes gehört das Eigenthum am Vermögen dem Konkursanten, daher ein allfälliger aktiver Ueberschuß ihm, nicht den Gläubigern zukommt. In so weit erscheint der Massavogt gleichsam als unparteiischer Verwalter der Masse sowohl im Interesse des Konkursanten als der Gläubiger. Die verschiedenen Ansichten hierüber s. in Bayer's Konkursprozeß § 29 und 30.

[2]) Ob Aktivität oder Passivität anzunehmen sei, kann unter Umständen eine schwierige Frage werden, z. B. wenn Prozesse schweben, von deren Ausgang die ökonomische Existenz des Liquidanten abhängt. Wenn indeß in solchem Fall die Gläubiger auf Zahlung dringen und aus den vorhandenen Aktiven nicht gedeckt werden können, so wird der Konkurs zu erkennen und der Masse zu überlassen sein, ob sie den Prozeß fortführen will oder nicht. Statt der Fassung „wenn die Passivität unzweifelhaft erscheint" hatte die erste Kommission die weniger strikte und dem richterlichen Ermessen mehr Spielraum lassende beschlossen „wenn die Passivität anzunehmen ist."

[3]) Wenn er dieses innert der anberaumten Frist thut, so bedarf er keines weitern Ausweises über seine Zahlungsfähigkeit.

[4]) In Fällen also, in welchen sich bei dem Schuldner kein oder nicht genügendes Vermögen findet zur Deckung der Forderung, wofür er gepfändet werden soll, somit dessen Insolvenz thatsächlich erwiesen ist, kann der Konkurs erkannt werden, obwohl kein Gläubiger gegen die Auspfändung protestirt. Vorbehalten bleibt die Bestimmung des folgenden § betreffend die Vertröstung.

§ 153.

Vertröstung.

In Fällen, in welchen die Aktiven eines Schuldners voraussichtlich nicht einmal zu Deckung der Konkurskosten hinreichen, braucht

der Konkurs nicht eröffnet zu werden, wenn nicht für jene von den Gläubigern eine Vertröstung, welche jedoch Fr. 40 nicht übersteigen darf, erlegt wird. Dem Gerichte steht es zu, je nach Umständen (besonders in den Fällen des § 152 Ziff. 3 und 6) Nothfristen zu Erlegung dieser Vertröstung den Gläubigern anzuberaumen.

Die Schuldner, über welche aus Mangel an Vertröstung der Konkurs nicht erkannt wird, sind, wenn die Passivität unzweifelhaft ist, hinsichtlich des Verlustes der Ehrenrechte den Falliten gleichzustellen.

Immerhin sind obige Thatsachen durch einen eigenen Gerichtsbeschluß zu konstatiren und zu veröffentlichen, [1])

[1]) Offenbar ist in Fällen, in welchen die Aktiven nicht einmal zu Bestreitung der Konkurskosten ausreichen, ein rechtliches Interesse an der Konkurseröffnung nicht vorhanden und würde solche eine leere Formalität sein. Dagegen erheischt es die Gerechtigkeit, daß derjenige, über welchen blos aus diesem Grunde kein Konkurs erkannt wird, mit Rücksicht auf dessen Ehrenrechte nicht besser als der eigentliche Fallit gestellt sei. — Das Zürch. Konkursges. § 5 gestattet unter Umständen auch die Abforderung eines höheren, als die in obigem § festgesetzte, Vertröstung.

§ 154.

Zuständige Behörde.

Zu Eröffnung von Konkursen sind die Kreisgerichte die zuständigen Behörden, und zwar

1. die Kreisgerichte derjenigen Kreise, in welchen zufolge § 139 eine Liquidation verfügt werden kann;
2. in den unter Ziffer 3 und 5 des § 152 aufgeführten Fällen die Kreisgerichte derjenigen Kreise, in welchen der Schuldner mit Schatzung betrieben wurde; [1])
3. in dem unter Ziff. 6 des § 152 erwähnten Falle das Kreisgericht desjenigen Kreises, in welchem die Erbschaft fiel (vgl. § 481).

[1]) In diesen Fällen kann somit der Konkurs auch in einem Orte eröffnet werden, in welchem der Schulder weder niedergelassen noch verbürgert ist, sondern nur Vermögen besitzt, gegen welches Schatzung eingeleitet wurde. Die Voraussetzungen, unter welchen in solchem Falle die Schuldbetreibung erfolgen kann, finden sich in der Gantordnung (§ 4) angegeben.

§ 155.

Amtliches Verfahren.

Hinsichtlich des amtlichen Verfahrens in Konkursfällen bis zur ersten Kreditorenversammlung gelten zunächst die Grundsätze der §§ 140 bis 146, [1]) so zwar, daß der Massakurator dem Konkursanten (wenn dieser nicht etwa im Interesse der Masse an einer beabsichtigten Abreise oder an seinem Erwerbe gehindert wird), beziehungsweise seiner Familie, ohne Zustimmung des Kreispräsidenten nicht länger als drei Wochen nach der Konkurserkanntniß den Lebensunterhalt

verabreichen darf. Behufs Verhinderung einer unzeitigen Abreise des Gemeinschuldners kann die Massaverwaltung die gerichtliche Verstellung seiner Reise- und Heimathschriften, und zum Behufe seiner Einvernahme, wenn er sich dazu nicht verstehen will, auch polizeiliche Maßregeln veranlassen. [2])

Sollte sich der Konkurs erst in Folge einer Liquidation ergeben (§ 152 Ziff. 1), so ist zwar die Konkurserkanntniß bekannt zu machen, jedoch kein neuer Rechnungs- (Schulden-) Ruf zu erlassen. [3])

[1]) Bis zur ersten Kreditorenversammlung d. h. bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Gläubiger in den Fall gesetzt werden, selbst über die Masse zu verfügen, behält die Massaverwaltung den nämlichen ausschließlich obrigkeitlichen Charakter, den sie bei der aktiven Liquidation hat, daher das einleitende amtliche Verfahren dem für aktive Liquidationen vorgeschriebenen durchaus analog ist.

[2]) Das Aarg. Konkursges. bedroht überdies den beharrlichen Ungehorsam des Gemeinschuldners mit dreitägigem Arrest.

[3]) Die Erlassung eines neuen Rechnungs- oder Schuldenrufes für den Fall, daß eine anfänglich aktive Liquidation zum Konkurs führte, wurde zwar in der ersten Kommission angeregt, fand aber keinen Anklang, indem man von der Ansicht ausging, daß dadurch dem Liquidationsrufe jede amtliche Wirkung entzogen würde, da alsdann die Nichtanmeldung von Forderungen, im Fall die Masse passiv wäre, ohne allen Rechtsnachtheil bliebe. Man nahm hievon um so eher Umgang, als die Liquidationsrüfe durch § 138 sehr beschränkt sind.

Anmerk. Nach dem Klosterser L. B. hatte der insolvente Schuldner innert Monatsfrist auf einen bestimmten Tag alle seine Schuldner zusammenzuberufen und ihnen sein Vermögen, Liegendes und Fahrendes, „fürzuschlagen und die Schlüssel an die Hand zu geben und theilen zu lassen.“

§ 156.

Aktiv- und Passivstand.

Der Aktiv- und Passivstatus der Masse ist im Allgemeinen nach den Grundsätzen des § 146 zu bilden, und zwar gelten die Bestimmungen des § 148, betreffend die unterlassene Anmeldung von Forderungen, auch in Konkursfällen.

In den Aktivbestand ist insbesondere nicht aufzunehmen:

a. was nach § 14 der Gantordnung von der Ausschätzung ausgeschlossen ist;

b. was sich als Eigenthum der allfälligen Kinder des Gemeinschuldners (möge ihnen solches durch Erbschaft, Erwerb oder Schenkung zugekommen sein) erwies. [1])

Wenn der Gemeinschuldner (Konkursant, Fallit) verheirathet ist oder war und vor Ausbruch des Konkurses eine Gütertrennung — in Folge einer Stählung, Ehescheidung oder Auflösung der Ehe durch den Tod — nicht eingetreten war, [2]) so fällt das ganze vorhandene Frauenvermögen (gleichviel ob solches zugebracht oder Sondergut ist) als Aktivität in die Masse des Gemeinschuldners. Vorbehalten bleiben jedoch der Frau, beziehungsweise ihren Rechtsnachfolgern, zufolge § 40 die priviligirte Forderung an die Masse für

den vierten Theil des Frauenvermögens und die Einreden hinsichtlich derjenigen Schulden, wofür die Frau überhaupt nicht haftet.

[1]) Nur das *in natura* vorhandene Vermögen der Kinder ist somit von der Masse auszuscheiden. So weit aber der Vater das Vermögen der Kinder verbrauchte (z. B. ihre Taufgelder, statt sie in der Sparkasse auf ihren Namen anzulegen, für Haushaltungsbedürfnisse verwendete), erhalten die Kinder an den Vater nur ein privilegirtes Forderungsrecht, mit welchem sie in die Masse einstehen müssen (s. § 162).

[2]) War eine Gütertrennung vorausgegangen, so kann das getrennte Frauenvermögen, weil nicht mehr zum ehelichen Vermögen gehörend, zwar nicht in die Masse des Konkursanten gezogen werden; doch müssen den Gläubigern hinsichtlich der bis zum Zeitpunkt der erfolgten Gütertrennung aufgelaufenen ehelichen Schulden ihre Rechte auch gegenüber dem getrennten Frauenvermögen gewahrt werden, soweit nicht schon bei Anlaß der erfolgten Gütertrennung eine Bereinigung des ehelichen Vermögens erfolgte und mit Vorbehalt der Bestimmungen des § 479 für den Fall, daß die Frau gestorben und ihr Nachlaß von ihren Erben bedingt angetreten worden wäre.

§ 157.

Anfechtbare Rechtsgeschäfte des Falliten.

Die von dem Gemeinschuldner innert Einem Jahr vor Ausbruch des Konkurses abgeschlossenen Rechtsgeschäfte können alsdann von den Konkursgläubigern als ungültig angefochten werden,[1]) wenn dabei die Schädigung der Gläubiger beabsichtigt war und der Mitkontrahent davon wußte oder wissen mußte.[2]) Der Richter urtheilt hierüber nach freiem Ermessen und mit Rüsicht auf die Umstände.

Unverkümmert bleiben hiebei die Bestimmungen des § 372 über rechtswidrige Schenkungen und des § 6 der Gantordnung über Veräußerungen während hängender Schatzung.

Ob und in wie weit dasjenige, was der Gemeinschuldner in Folge eines, von seiner Masse nachträglich aufgelösten, Vertrages als Gegenleistung erhielt, zu erstatten sei, wird der Richter theils nach dem Grade der Arglist, deren sich der Mitkontrahent schuldig machte, theils danach bestimmen, ob und in wie weit die Masse durch die Gegenleistung noch als bereichert anzusehen ist.[3])

[1]) Unser früheres Konkursges. (§ 18) erklärte alle innert den letzten 6 Wochen vor Ausbruch des Konkurses erfolgten Veräußerungen für anfechtbar. Diese Bestimmung hat sich aber praktisch nicht bewährt und ist auch rechtlich nicht zu begründen. Denn sie besagte zu viel und zu wenig: zu viel, indem sie alle Veräußerungen, ohne Rücksicht auf die dabei gewaltete bona oder mala fides, beschlug; zu wenig, indem sie sich blos auf Veräußerungen und nicht auch auf anderartige Verträge, und zwar nur auf die innert der letzten 6 Wochen erfolgten, bezog. — Um in dieser doppelten Richtung zu verbessern, hatte die erste Kommission folgende Fassung beschlossen:

„Die von dem Gemeinschuldner vor Ausbruch des Konkurses abgeschlossenen Verträge (worunter jedoch blose Zahlungen gültiger Forderungen nicht begriffen sind) können alsdann von den Konkursgläubigern als ungültig angefochten werden, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß dabei die Schädigung der Gläubiger beabsichtigt war und der Mitkontrahent davon wußte oder wissen mußte."

Die zweite Kommission fand dagegen für angemessen: 1) um möglichst alle Unredlichkeiten zu treffen, allgemein dolose „Rechtsgeschäfte" für anfechtbar zu erklären, dagegen 2) dieses Klagrecht im Interesse des Kredites auf die innert Jahresfrist vor Ausbruch des Konkurses abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu beschränken. Eine ähnliche Bestimmung enthält das Zürch. Ges. § 1019, beschränkt sie aber auf Veräußerungen. Das St. Galler Konkursges. (§ 19) dagegen lautet ungefähr wie unser früheres Konkursges. Die meisten übrigen Konkursgesetze sprechen sich über diesen Punkt nicht aus. Das röm. R. hatte in der Actio Pauliana ein ähnliches Institut.

[2]) Ein nach zivilrechtlichen Grundsätzen rechtsbeständiger Beweis für die gewaltete rechtswidrige Absicht wird selten zu erbringen sein. Immerhin lassen die Umstände oft ziemlich sicher auf dieselbe schließen. Z. B. wenn der ökonomisch ruinirte Vater seinem Sohn sein Haus um die Hälfte des wahren Werthes verkaufte, so wird in der Regel die Absicht, den Sohn auf Kosten der Gläubiger zu bereichern und auch die Mitwissenschaft des Sohnes (von welchem vorauszusetzen ist, daß er die Vermögensverhältnisse des Vaters kenne) angenommen werden dürfen. Rechtsgeschäfte, die eine Schenkung verhüllen, sind ohnehin nach § 372 anfechtbar.

Das „freie Ermessen" des Richters (ein Ausdruck, den die zweite Kommission dem Zürch. Ges. entheben zu sollen glaubte) darf nicht in Willkür ausarten, sondern es muß die Annahme eines unredlichen Rechtsgeschäftes sich auf eine, durch die Umstände sich rechtfertigende Rechtsüberzeugung stützen.

[3]) Wenn z. B., um obiges Beispiel (Anm. 2) festzuhalten, der Vater den bedungenen Kaufpreis von dem Sohne erhielt und zur Bezahlung von Schulden verwendete, so ist dessen Konkursmasse als um den nämlichen Betrag bereichert anzusehen, so daß, wenn die Veräußerung von der Kreditorschaft rückgängig gemacht wird, sie dem Sohne die von diesem bezahlte Summe erstatten müßte. Das Nämliche würde zu geschehen haben, wenn z. B. der Sohn wahrscheinlich machen könnte, daß er den schlechten Vermögensstand des Vaters nicht kannte. Das Geschäft würde alsdann zwar dessenungeachtet aufgelöst werden können, sofern der Sohn in der Lage war, die Vermögensumstände seines Vaters, wenigstens annähernd, kennen zu lernen, allein es wäre auf seiner Seite keine Arglist anzunehmen.

§ 158.

Fälligkeit und Zinsberechnung.

Durch Eintritt des Konkurses werden alle an Zahlungs- oder Kündungsfristen geknüpften Forderungen an den Gemeinschuldner sofort fällig. [1])

Rückständige Zinsen haben bis auf den Betrag von drei Jahreszinsen im Konkurse gleiche Rechte wie das betreffende Kapital; die übrigen sind immer nur als Korrentposten zu behandeln.

Nach Eintritt des Konkurses werden Zinsen, und zwar alsdann bis zur Ausrichtung, nur für diejenigen Forderungen berechnet, für welche solche ausdrücklich bedungen waren. [2])

[1]) Wenn also A an dem am 1. April in Konkurs gerathenen B eine Forderung hat, die erst am darauf folgenden 1. Dez. fällig würde, so ist dieselbe dessenungeachtet gleich einer schon am 1. April (bei Eröffnung des Konkurses) fälligen zu behandeln. Mit solchen an eine Zahlungsfrist geknüpften Forderungen sind aber bedingte Forderungen nicht zu verwechseln. Eine solche bedingte Forderung hätte z. B. A gegen den (in Konkurs gerathenen) B, wenn dieser sich gegenüber jenem verpflichtet hätte, für den Fall, daß A Nachkommenschaft erhielte, ihm als Entgelt für geleistete Dienste Fr. 200 zu bezahlen (als bloses Schenkungsversprechen würde diese Verpflichtung laut § 377 dahin fallen). In solchem Falle würde

die Forderung des A durch die Konkurseröffnung nicht fällig, sondern müßte sich derselbe in einer den Umständen angemessenen Weise (worüber nöthigenfalls der Richter zu sprechen hätte) abfinden lassen.

[2]) Die Kommission berieth sich einläßlich darüber, ob für die eingelegten gültigen Forderungen Zinsen während des Konkurses zu berechnen seien oder nicht, und ob dieselben einander in dieser Hinsicht gleich zu halten seien oder nicht. Für die Gleichhaltung sprach der gewichtige Grund, daß die Anmeldung einer (wenn auch unverzinslichen) Forderung als eine Mahnung angesehen werden darf und somit nach allgemeinen Grundsätzen Verzugszinsen wohl sollten berechnet werden können. Anderseits war aber auch klar: 1) daß solche Verzugszinsen nur für die zur Zeit der Eröffnung des Konkurses schon fällig gewesenen Forderungen, nicht aber auch für die erst durch den Konkurs fällig gewordenen berechnet werden könnten; und 2) daß durch Berechnung von Verzugszinsen die Masse auf Kosten des Konkursanten, welchem das Akommodement und die Rehabilitation dadurch erschwert wären, verschlimmert würde, was besonders dann unbillig wäre, wenn die Liquidation ohne seine Schuld verzögert würde. Allen Forderungen aber, selbst denjenigen, für welche Zinsen bedungen wurden, die Berechnung von Zinsen abzuschneiden, schien, besonders mit Rücksicht auf die Pfandgläubiger, rechtlich unstatthaft. Daher entschied man sich endlich zu obiger, dem § 26 des früheren Konkursges. entsprechenden Fassung.

§ 159.

Kreditorenversammlung.

Das Verfügungsrecht über das Massavermögen behufs Deckung der Schulden[1]) steht den gesetzlich einberufenen und versammelten Gläubigern nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen zu.

Zu diesem Behufe wird die amtliche Massakuratel — jedenfalls innert 14 Tagen nach Ablauf der Rufzeit — durch das Amtsblatt oder durch Zirkular an die gemeldeten Gläubiger letztere zu einer Kreditorenversammlung einladen, welcher der Aktiv- und Passivstatus nebst Belegen, wo möglich in Verbindung mit einem Kollokationsentwurf (so weit ein solcher überhaupt nöthig wird), vorzulegen und über das bis dahin Geschehene Bericht zu erstatten ist.

Die Einberufung später nothwendig werdender Kreditorenversammlungen hat auf gleiche Weise wie die der ersten zu geschehen.

Kreditorenversammlungen müssen auch auf Verlangen von Gläubigern, sofern diese wenigstens ¼ der eingegangenen Forderungen vertreten, veranstaltet werden.

In den Kreditorenversammlungen hat der Massakurator den Vorsitz. Das Protokoll wird von dem Gerichtsschreiber oder einem andern beeidigten Schreiber geführt.

[1]) Vgl. Anm. 1 zu § 152. Es steht daher z. B. nicht in der Befugniß der Kreditoren, Massabestandtheile in einer für den Gemeinschuldner verbindlichen Weise zu verschenken (oder Forderungen desselben ohne Entgelt nachzulassen), wohl aber können sie im Interesse der Liquidation und zum Zwecke ihrer Befriedigung Abkommnisse und Vergleiche schließen.

§ 160.

Kreditorenbeschlüsse.

Bei Schlußnahmen, welche das Interesse der ganzen Masse be-

schlagen, steht allen Gläubigern ein Stimmrecht zu, und zwar wird hiebei nicht nach der Stimmenzahl, sondern nach dem Mehrbetrag der bei der Stimmgebung repräsentirten Forderungen entschieden.

Handelt es sich um die besonderen Ansprüche eines Gläubigers oder einer oder mehrerer Klassen von Gläubigern, so haben sich dieselben des Stimmrechtes zu enthalten. [1]) Deßgleichen haben sich diejenigen Gläubiger der Abstimmung zu enthalten, deren Interesse durch den fraglichen Verhandlungsgegenstand weder direkt noch indirekt berührt wird. [2])

Die nicht erschienenen oder nicht vertretenen Kreditoren werden als auf ihr Stimmrecht verzichtend angesehen.

Durch keine Kreditorenbeschlüsse können einzelne Gläubiger ihrer besonderen Rechte beraubt werden. [3])

[1]) Wenn es sich z. B. darum handelt, ob das Pfandrecht des Gläubigers A gültig sei oder nicht und ob derselbe in die 2te oder 5te Klasse zu versetzen sei, oder darum, ob dessen Forderung anzuerkennen oder abzuweisen sei, so darf derselbe bei der betreffenden Schlußnahme nicht mitstimmen.

[2]) Wenn es sich also z. B. um einen Verhandlungsgegenstand handelt, der nur die Pfandgläubiger angeht, wie etwa um die Frage, ob die von der Masse gegen Abtretung des Unterpfandes angebotene Sicherheit als genügend anzusehen sei oder nicht (s. § 165), so haben sich an dieser Verhandlung die übrigen Gläubiger nicht zu betheiligen, weil nur ein besonderes Interesse der Pfandgläubiger in Frage liegt.

[3]) Die Kreditorenversammlungen können, als solche, blos über allgemeine Massaangelegenheiten verfügen, nicht aber durch Stimmenmehrheit selbständige Rechte einzelner Gläubiger (z. B. ein Pfand- oder Prioritätsrecht) aufheben; daher auch nur Schlußnahmen der ersteren Kategorie für den nicht erschienenen und nicht vertretenen Gläubiger verbindlich werden können. Freilich können auch an sich unstatthafte Schlußnahmen Rechtskraft erhalten, wenn der verletzte Gläubiger nicht nach Maßgabe des § 163 das Recht dagegen anzieht.

§ 161.

Verhandlungsgegenstände.

Die Kreditorenversammlung hat sich zuerst auf Grundlage des Berichts der Massaverwaltung über Anerkennung oder Nichtanerkennung der angemeldeten Forderungen auszusprechen, so weit sie nicht die Massaverwaltung oder eine Kommission mit der genauern Prüfung derselben zu beauftragen für nöthig erachtet. Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung einer Eingabe schließt jedoch den nachträglichen Gegenbeweis ihrer Unrichtigkeit nicht aus. [1])

Die Kreditorenversammlung hat sich sodann über die Kollokation der Forderungen auszusprechen und endlich die zur Ausrichtung der Gläubiger erforderlichen Maßnahmen zu beschließen.

Prozesse können von der Massaverwaltung nur mit Einwilligung der Kreditorschaft angehoben werden. [2])

Zu Veräußerungen ist die Massaverwaltung von sich aus nur mit Bezug auf Fahrnisse und mit Bewilligung des Kreispräsidenten ermächtigt. [3])

[1]) Forderungen können auch stillschweigend dadurch anerkannt werden, daß gegen dieselben, nachdem sie von dem Massavogt den Gläubigern zur Kenntniß gebracht worden, von letzteren nichts eingewendet wird. Eine einmal anerkannte Forderung braucht von dem betreffenden Gläubiger nicht mehr bewiesen zu werden. Will die Masse nachträglich eine anerkannte Forderung bestreiten, so kann sie es thun, hat aber alsdann den Beweis ihrer Unrichtigkeit zu führen (wie z. B. durch nachträglich aufgefundene Quittungen).

[2]) Der Massavogt repräsentirt nach Außen die Masse und kann daher Namens der letzteren Dritte belangen oder belangt werden. Doch hat er in jenem und diesem Fall die Kreditorschaft zu begrüßen, widrigenfalls seine Einlassung für letztere unverbindlich ist.

[3]) Solche Veräußerungen werden z. B. gerechtfertigt sein mit Rücksicht auf Gegenstände, die durch längere Aufbewahrung der Verderbniß ausgesetzt sind, wohl auch mit Rücksicht auf Thiere, die am Futter stehen und auf Effekten, zu deren Veräußerung sich ein besonderer, nicht leicht wiederkehrender Anlaß bietet. Die Massaverwaltung wird aber regelmäßig nur bis zur ersten Kreditorenversammlung von dieser Befugniß Gebrauch machen, indem sie von dort an wo möglich die Kreditoren selbst verfügen lassen wird.

§ 162.

Rangordnung (Kollokation).

Nach Ausscheidung dessen, was Dritten (sog. Separatisten oder Vindikanten) als ihr Eigenthum zu überlassen ist, sind die angemeldeten Forderungen nach folgenden Klassen zur Deckung, so weit die Masse reicht, zuzulassen:

Erste Klasse.

Mit erstem Rechte sind aus der Gesammtmasse zu decken:

Die Konkurskosten, d. h. sämmtliche durch die Verwaltung und Liquidation der Masse erwachsenden Auslagen und Gebühren, Verwendungen zum Besten der Masse, Prozeßunkosten ꝛc.

Zweite Klasse.

Allen übrigen Forderungen gehen voran die mit Pfand, sei es Grund-, sei es Faustpfand, versicherten, und zwar sowohl für Kapital als für drei verfallene Jahreszinse. [1]) Grundzinse, die nicht länger als drei Jahre fällig sind, genießen das nämliche Vorrecht.

Das Vorrecht der Pfandgläubiger erstreckt sich aber nicht über den Werth der betreffenden Pfandobjekte.

Reichen diese zur gesetzlichen Deckung nicht hin, so fällt der Mehrbetrag der versicherten Forderung in die 5. Klasse, (wofern dieselbe nicht ihrer Natur nach in eine frühere gehört), jedoch auch dieses nur unter der Voraussetzung, daß der Fallit zugleich der persönliche Schuldner sei. [2])

Dritte Klasse.

Unter den übrigen unversicherten Forderungen genießen zunächst ein Vorrecht:

1. Die Kosten der letzten Verpflegung und der nach Schicklichkeit und Anstand besorgten Beerdigung des vor oder während der Rufzeit verstorbenen Schuldners.
2. Die in den letzten 2 Jahren vor Ausbruch des Konkurses aufgelaufenen Liedlöhne von Knechten, Mägden und anderen im Dienst des Falliten gestandenen Personen (§ 428).[3])
3. Arzt-, Wundarzt- und Apothekerrechnungen für berufsmäßige Hülfeleistungen an den Falliten oder seine Familienglieder innerhalb des letzten Jahres.

Vierte Klasse.

Hiernächst sind bevorzugt:

1. Der Anspruch der Frau auf den vierten Theil ihres Vermögens (§ 156).[4])
2. Die von einer durch den Falliten geführten Vormundschaft oder Massakuratel herrührenden Forderungen der Mündel oder Massagläubiger, insofern die Vormundschaft oder Kuratel des Falliten noch im letzten Jahr vor Ausbruch des Konkurses bestanden hat.[5])
3. Das Vermögen der, bei Ausbruch des Konkurses, unter väterlicher Vormundschaft des Falliten gestandenen Kinder desselben, so weit es nicht mehr in natura vorhanden ist und somit überhaupt nicht in den Konkurs fällt (§ 156) und unter den nähern Bestimmungen des § 61.[6])
4. Forderungen von frommen Stiftungen.

Fünfte Klasse.

Zuletzt folgen alle übrigen rechtmäßigen Ansprachen an den Falliten, welchen Namen oder Ursprung sie immer haben mögen, und zwar die verzinslichen mit Zuschlag der nicht verjährten Zinse.

Von den zu einer Klasse gehörigen Gläubigern, vorbehältlich dessen, was bei Pfandrechten gilt, hat in den Konkursausrichtungen keiner einen Vorzug vor dem andern.

[1]) Die Beschränkung auf drei Jahreszinse hat ihren Grund darin, daß das Pfand überhaupt nur für 3 verfallene Jahreszinse haftet (s. § 283).

[2]) Es habe z. B. A eine mit Pfandrecht versicherte Forderung an B, welcher das Pfand an C abtritt, ohne daß A sich an C anweisen ließe, so bleibt B der persönliche Schuldner des A (s. § 294). Fällt nun C in Konkurs, so kann A zwar gegen letzteren sein dingliches Recht (Pfandrecht) geltend machen; so weit aber das Pfand zu seiner Befriedigung nicht reicht, muß er sich an B, als seinen persönlichen Schuldner, halten und kann daher mit dem ungedeckt gebliebenen Rest seiner Forderung nicht in die Masse des C eintreten.

[3]) Der Arbeitslohn von Gesellen, Lehrlingen, Kommis u. s. w. fällt somit auch in die Klasse der Liedlöhne. Der Liedlohn ist überhaupt der einem Dienstnehmer von dem Dienstherrn schuldige Lohn (s. § 426—430).

[4]) Die erste Kommission hatte die privilegirte Forderung der Frau unmittelbar an die Pfandgläubiger als dritte Klasse angereiht, wonach es im Ganzen sechs Klassen gegeben hätte. Die zweite Kommission, die dieser privilegirten Forderung

überhaupt weniger günstig war, beschränkte sie nicht nur auf 1/4 des Frauenvermögens (statt 1/3), sondern versetzte sie überdies in die 4te Klasse.

[5]) Mit dem Ablauf Eines Jahres nachdem die betreffende Verwaltung endigte, erlischt somit dieses Privilegium des Mündels und der Massagläubiger, nicht aber ihre Forderung selbst, es wäre denn, daß auch das Klagrecht verwirkt wäre (vgl. § 125 und § 151).

[6]) So weit das Vermögen der Kinder (z. B. Pathengeschenke) noch *in natura* vorhanden ist, ist es als ihr Eigenthum zu betrachten und fällt somit gar nicht in den Konkurs. So weit aber dasselbe von dem Vater verwendet wurde, ohne daß das Umgewandelte (z. B. das mit Kapitalien der Kinder erkaufte Grundstück) von ihm ausdrücklich und erweisbar den Kindern neuerdings als ihr Eigenthum überlassen worden: haben letztere im Konkurse des Vaters blos ein Forderungsrecht (eine Ersatzforderung) gegen die Masse. (Vgl. 156 Anm. 1.)

Anmerk. a. Schon das alte Churer St. R. (1549) hatte für Skussionen folgende Rangordnung: 1) „Funeralien, Arzt und Apothekerconti“, 2) alle obrigkeitlich gesiegelten Obligationen nebst 3 Jahreszinsen und zwar nach der Anteriorität (nach ihrem Alter), 3) Grundzinse, 4) „verlegene Steuern“, 5) einfache Obligationen mit 3 Jahreszinsen und Anteriorität (selbst wenn sie mit Pfand versichert sind), 6) alle laufenden Forderungen nebst den mehr als 3 J. alten Zinsen der Obligationen, mit gleichen Rechten (ohne Anteriorität). Mit Kaufschillingrecht belastete Effekten sollen in die Austheilung gar nicht gebracht werden, ehe das darauf haftende Kapital und Zinsen bezahlt worden. (Die Kaufschillingsinhaber gehörten demnach zu den Separatisten.)

Anmerk. b. Es dürfte hier der geeignete Ort sein, sich darüber ins Klare zu setzen, wie es zu halten sei, wenn über eine Gesellschaft und einen Gesellschafter gleichzeitig der Konkurs ergeht? Dann sind zunächst zwei getrennte Massen zu bilden, wovon diejenige der Gesellschaft lediglich die Gesellschaftsgläubiger umfaßt, diejenige des Gesellschafters aber nebst den Gesellschaftsgläubigern (für die in dem Gesellschaftskonkurse ungedeckt bleibenden Forderungen, wenn nämlich der Gesellschafter dafür haftbar ist) auch die persönlichen Gläubiger des falliten Gesellschafters. Es wird daher die letztere Masse, wenn ihre Aktivitäten nicht etwa schon durch die privilegirten Forderungen aufgezehrt werden, in der Regel nicht eher ausgetragen werden können, als bis die Gesellschaftsmasse liquidirt ist, es wäre denn, daß es die beiden Massen in ihrem Interesse fänden, sich mit einander zu verschmelzen (wie solches z. B. s. Z. mit den Massen der alten Sparkasse und ihres Kassiers (Fr. Rascher) geschah).

§ 163.

Prozeßführung.

Gläubiger, welche sich durch Kreditorenbeschlüsse, wie namentlich durch die gänzliche oder theilweise Nichtanerkennung ihrer Forderung oder durch die Kollokation derselben in ihren materiellen Rechtsansprüchen verletzt glauben, haben, bei Verwirkung im Unterlassungsfalle, innert dreißig Tagen, von dem Tage des sie beschwerenden Beschlusses an gerechnet, das Recht gegen die Masse anzuziehen. [1])

Wollen einzelne Klassen oder einzelne Gläubiger, entgegen einem Mehrheitsbeschlusse, eine angemeldete Forderung oder deren Kollokation gerichtlich bestreiten, oder Ansprüche der Masse gegen Dritte gerichtlich betreiben, so steht ihnen solches frei, unter der Voraussetzung jedoch, daß sie den Prozeß auf eigene Kosten führen, wogegen auch der etwaige Gewinn aus dem Prozesse ihnen allein zukommt. Unter

den prozeßführenden Gläubigern sind im Zweifel Kosten und Gewinn im Verhältniß ihrer Forderungen zu vertheilen. [2])

Eben so steht dem Gemeinschuldner das Recht zu, Ansprüche gegen Dritte für eigene Rechnung gerichtlich zu verfolgen, wenn weder die Masse noch einzelne Gläubiger es thun wollen, in welchem Falle der etwa aus dem Prozesse sich ergebende Gewinn ihm allein zukommt. [3]) Der Gemeinschuldner ist ferner berechtigt, für eigene Rechnung Forderungen, die von der Masse zugelassen wurden, gerichtlich zu bestreiten, vorausgesetzt, daß nicht einzelne Gläubiger es thun wollen. Die gerichtliche Abweisung einer von dem Gemeinschuldner bestrittenen Forderung kommt jedoch der Masse zu Statten, so zwar, daß sie von dem Passivstand der letzteren in Abzug zu bringen ist. Der Gemeinschuldner hat diese Klage, bei Verwirkung, innert dreißig Tagen, von dem Datum des die bestrittene Forderung zulassenden Kreditorenbeschlusses an gerechnet, anhängig zu machen. [4])

In allen solchen Fällen soll jedoch die Liquidation, so weit es dem Prozeßergebniß unbeschadet geschehen kann, ohne Unterbrechung von Statten gehen. [5])

Auch wenn die Gesammtmasse einen Prozeß beschließt, können sich die Nichtzustimmenden gegen alle Mitleidenschaft hinsichtlich der Kosten zu Protokoll verwahren, bleiben dann aber zugleich von jedem etwaigen Gewinnantheil ausgeschlossen.

[1]) Haben sie sich blos über das Verfahren zu beschweren, so kommt § 172 in Anwendung.

[2]) Gesetzt, es habe A an die Konkursmasse B eine Forderung von Fr. 2000 angemeldet, welche durch einen Mehrheitsbeschluß der Kreditoren anerkannt wird, wogegen die beiden Gläubiger C und D dieselbe auf ihre Wag und Gefahr zu bestreiten erklären. Sie gewinnen den Prozeß und A wird gerichtlich mit seiner Forderung abgewiesen. In solchem Falle wird der ganze Betrag, um welchen die Masse hiedurch besser gestellt wird, d. h. derjenige Betrag, den der A, wenn seine Einlage nicht bestritten worden wäre, aus der Masse an Ausrichtung erhalten haben würde, ausschließlich dem B und dem C, nach Verhältniß ihrer Forderungen und so weit diese reichen, gutgeschrieben; wogegen diejenigen Gläubiger, welche sich am Prozeß nicht betheiligten, so auszurichten sind, als ob die Einlage des A nicht bestritten worden wäre. Eben so werden C und D, wenn sie eine durch Beschluß der Kreditorschaft fallen gelassene Forderung der Masse gegen A auf ihre Rechnung betreiben und A gerichtlich zur Zahlung verfällt wird, den Gewinn pro rata ihrer Forderungen und so weit diese reichen, unter sich vertheilen.

[3]) Freilich könnte alsdann der Fall eintreten, daß mit Glückscheinen versehene Gläubiger an dem allfälligen, aus solchem Prozeß sich ergebenden Gewinn Befriedigung suchen könnten (§ 167)

[4]) Der Gemeinschuldner ist natürlich an dem Stand seiner Masse stets ungemein interessirt, indem ihm je nachdem derselbe günstiger oder ungünstiger ist das Akkommodement und die Rehabilitation erleichert oder erschwert wird, je nach Umständen sogar ein aktiver Ueberschuß sich ergeben kann. Es müssen ihm daher die Mittel gewährt werden, sein Interesse, so weit es ohne Benachtheiligung der Gläubiger möglich ist, zu wahren.

[5]) In Fällen in welchen eine Forderung sei es von der Masse sei es von einzelnen Gläubigern gerichtlich bestritten wird, muß immerhin der Betrag, welcher im Falle des Unterliegens dem betreffenden Einleger zukäme, reservirt werden.

§ 164.

Ausrichtung (Liquidation).

Die Ausrichtung der Massagläubiger kann entweder so geschehen, daß die vorhandenen Liegenschaften und Fahrnisse ganz oder theilweise sei es versteigert, sei es aus freier Hand veräußert werden, und der Erlös unter die Gläubiger nach ihrer gesetzlichen Rangordnung vertheilt wird, oder aber mittelst Anweisung auf vorhandene Vermögenstheile in natura.

Illiquide oder zweifelhafte Ausstände können keinem Gläubiger ohne seinen Willen in Ausrichtung gegeben werden, sondern sind immer zuerst von der Masse in einen bestimmten Werth umzusetzen, indem sie auf Rechnung der Masse eingetrieben oder bestmöglich veräußert werden.

Ob die Ausrichtung in ersterer oder in letzterer Weise erfolgen solle, hat die Kreditorenversammlung zu bestimmen, welcher auch zusteht, dem Massakurator zum Zwecke der Ausrichtung einen oder mehrere Gehülfen (Skussionäre) beizugeben oder sich solche von dem Kreispräsidenten zu erbitten.

§ 165.

Mit Bezug auf Pfandgläubiger.

Massabestandtheile, welche mit einem Pfandrecht beschwert sind, können ohne den Willen der betreffenden Pfandgläubiger nicht veräußert werden, es sei denn, daß die Masse dieselben auslöse oder die Pfandgläubiger vollkommen sicher stelle. Dagegen haben die Pfandgläubiger das Recht, die Versteigerung des Pfandes zu verlangen und sich aus dessen Erlös, so weit derselbe reicht, bezahlt zu machen. [1])

Wird das Pfand weder veräußert noch ausgelöst, so hat der Pfandgläubiger dasselbe zu dem Schatzungswerthe mit Zuschlag des dritten Pfennings an Zahlungsstatt zu übernehmen, so zwar, daß er dessen allfälligen Mehrwerth an die Masse zu verguten hat und hinwieder mit dem allfällig ungedeckt gebliebenen Betrag in die 5. Klasse als Gläubiger eintreten kann. [2]) Jedem Pfandgläubiger steht überdies, wie anderen Gläubigern (§ 166), frei, um eine Revision der Schatzung einzukommen.

[1]) Ist das Pfandobjekt mehreren gleichberechtigten Gläubigern verpfändet, so werden diese hinsichtlich der Veräußerung mit einander übereinstimmen müssen. Im Verhältniß zu Nachpfandgläubigern steht dagegen dem ersten Pfandgläubiger wohl ausschließlich die betreffende Erklärung zu, es wäre denn, daß ihn die Nachpfandgläubiger auslösen würden.

[2]) Andere Konkursgesetze ermächtigen (wogegen sich rechtlich nichts einwenden läßt) für den Fall, daß das Pfand weder veräußert, noch von der Masse ausgelöst würde, den Pfandgläubiger, das Unterpfand, ohne Weiteres als Eigenthum in Anspruch zu nehmen, und man will wohl auch darin, daß bei uns der Pfandgläubiger sich mit der Zuschätzung des dritten Pfennings zufrieden geben müsse, eine für unser Kreditwesen nachtheilige Bestimmung finden. Indeß darf der Pfandgläubiger durch

das doppelte Recht, die Versteigerung des Pfandobjektes (wohl auch eine Probesteigerung) zu verlangen und um eine Revision der Schätzung einzukommen (welche letztere Befugniß auch jedem Nachpfandgläubiger zusteht) in der Regel als vollständig gesichert angesehen werden. Das Institut des Zuschlags mit dem dritten Pfenning ist übrigens aus unserem früheren Konkursgesetz hier aufgenommen worden.

§ 166.

Mit Bezug auf andere Gläubiger.

Die Anweisung der übrigen Gläubiger auf Liegenschaften oder Fahrnisse geschieht klassenweise, so daß die Einzelnen in jeder Klasse untereinander völlig gleich bedacht werden, übrigens die angewiesenen Gegenstände zum Anschlagswerth, und zwar ohne Zuschlag des dritten Pfennings, zu übernehmen haben.

So lange verschiedenartige Aktiva zur Deckung vorhanden sind, hat je die zuerst folgende Klasse freie Auswahl nach Stimmenmehrheit.

Gläubiger, die mit dem Werthanschlag der Massagegenstände nicht zufrieden sind, können bis zur Ausrichtung bei dem Kreispräsidenten um eine endgültige Revision durch von ihm neu zu bestellende beeidigte Schätzer einkommen.

Die durch die Revision veranlaßten Kosten hat je nach dem Ergebniß der dieselbe verlangende Theil oder die Masse zu tragen.

§ 167.

Unbefriedigte Gläubiger.

Gläubiger, welche aus einer Konkursmasse viel oder wenig in Ausrichtung nehmen, verlieren das Recht, den Schuldner später für den nicht gedeckten Forderungsrest gerichtlich zu belangen.

Dagegen behalten Gläubiger, die aus der Masse nichts beziehen, gleichviel ob ihnen bei der Ausrichtung etwas zutreffen würde oder nicht, ihr Forderungsrecht auf den Fall neuer Erwerbungen des Falliten, vorausgesetzt, daß sie sich von dem Massavogt eine Bescheinigung (einen Glücksschein) darüber ausstellen lassen, daß ihre Forderung von der Kreditorschaft anerkannt war und daß sie aus der Masse nichts bezogen. [1]) Diese Bescheinigung hat alsdann die Kraft eines zur gantgerichtlichen Betreibung liquiden Titels; [2]) doch können für die ungedeckt gebliebene Forderung keine Zinsen mehr berechnet werden. [3])

[1]) Schon die erste Kommission fand für gut, das von unserm früheren Konkursgesetze, wie von dem st. gallischen, aufgenommene Institut der „Glücksscheine" beizubehalten, ungeachtet es den meisten übrigen Konkursgesetzen unbekannt ist, indem dieselben den in einem Konkurse ganz oder theilweise unbefriedigt gebliebenen Gläubigern, so weit sie ungedeckt blieben, ihre Forderung gegen den Falliten vorbehalten. In der That ist letzterer Grundsatz allein dem strengen Recht angemessen. Indessen bewogen Rücksichten auf den Gemeinschuldner, dem es sonst kaum möglich würde, sich je aus dem Zustande der Insolvenz wieder zu erheben, an dem bei uns bereits einheimischen Institut festzuhalten. — Dasselbe war übrigens schon von mehreren unserer alten Sta-

tuten in so weit gekannt als nach denselben die an der Ausrichtung einer Masse sich nicht betheiligenden Gläubiger ihr Forderungsrecht behielten, während diejenigen, die „viel oder wenig an Zahlung annehmen" ihrer Ansprache verlustig wurden. (So schon nach dem alten Churer St. R. v. 1549 und dem Klosterser L. B.)

[2]) Da für den Gemeinschuldner laut § 163 die Bestreitung einer an seine Masse gerichteten Forderung an eine Nothfrist von 30 Tagen geknüpft ist, muß dies zur Folge haben, daß er den mit Glückscheinen versehenen Gläubigern nachträglich ihre Forderung nicht mehr bestreiten kann.

Ueber die Verjährung der Glückscheine s. § 369.

[3]) Sollte der Gemeinschuldner in einen neuen Konkurs verfallen, so haben die Glückscheine vor andern Forderungen in der Ausrichtung kein Vorrecht. Für den wiederholten Konkurs gelten übrigens selbstverständlich die nämlichen Grundsätze wie für den ersten.

Anmerk In Bezug auf den „wiederholten Konkurs" enthielten die Oberbunds-Art. die bemerkenswerthe Bestimmung, daß „nach ergangener Skussion nur diejenige Schuldner nicht mehr molestirt werden mögen, welche unverschulter Dingen durch Unglück 2c umb das ihrige kommen, die aber durch ihre eigene Schuld, Verschwendung 2c. in diesen Stand gerathen, sollen dieses beneficium nicht genießen, sondern wen solche über kurz oder lang zu Mitteln gelangen, dieselben zu bezahlen schuldig sein."

§ 168.

Aufhebung des Konkursverfahrens.

Das Konkursverfahren ist von dem Kreisgerichte, welches dasselbe erkannte, wieder aufzuheben:

1. Wenn vor Beendigung des Konkurses von dem Gemeinschuldner ein Nachlaßvertrag (Akkommodement) mit seinen Gläubigern abgeschlossen wird (§ 170).
2. Wenn vor Beendigung des Konkurses die Masse sich als unzweifelhaft zahlungsfähig herausstellt. In diesem Falle kann aber der Konkurs wider den Willen von Gläubigern nur dann aufgehoben werden, wenn dieselben für ihre Forderungen sicher gestellt werden. [1])

Die Aufhebung des Konkurses hat von Rechtswegen auch die Rehabilitation (§ 169) zur Folge.

[1]) Namentlich Gläubiger, deren Forderung von der Masse bestritten oder noch nicht anerkannt ist, könnten mit Fug nicht Befriedigung, sondern nur Sicherstellung für den Fall verlangen, daß ihre Forderung anerkannt werden müßte. Darüber, ob die Sicherstellung als genügend anzusehen sei, hätte vorkommenden Falls das Konkursgericht zu entscheiden. Es versteht sich, daß der Gemeinschuldner von der Gläubigerschaft anerkannte Forderungen auch nach aufgehobenem Konkurse nicht anders als unter der Voraussetzung des § 163 bestreiten könnte; Prozesse, welche die Masse angehoben hatte, ist er fortzuführen berechtigt.

§ 169.

Rehabilitation.

Nach Beendigung des Konkursverfahrens kann der Fallit in die durch den Konkurs untergegangenen Ehrenrechte (Art. 37 der Verfassung und Art. 170 der Zivil-Prozeßordnung) von dem Kreisgerichte in folgenden Fällen wieder eingesetzt (rehabilitirt) werden:

1. Wenn er beweist, daß er sämmtliche, in seinem Konkurs zur Deckung berechtigt gewesenen Gläubiger, sei es durch Zahlung, sei es mittelst eines Nachlaßvertrages, [1]) befriedigt habe; worüber er eine schriftliche Bescheinigung derselben beizubringen hat. [2])
2. Wenn er beweist, daß sein Konkurs Folge eines unverschuldeten Unglücks war.

[1]) Die Wohlthat eines, gegenüber einer Minderheit erzwingbaren Akkommodements (§ 170) kommt dem Gemeinschuldner nur während der Dauer des Konkurses zu Statten. Nach dessen Beendigung (zum Zweck der Rehabilitation) hat er sich mit jedem Gläubiger besonders abzufinden.

[2]) Die Bescheinigung der erfolgten Befriedigung muß von jedem einzelnen Gläubiger, wenn auch nicht gerade mittelst eines besondern Aktenstückes, ausgestellt werden.

§ 170.

Nachlaßvertrag (Akkommodement.)

Ein während schwebendem Konkurs von dem Gemeinschuldner oder von einem Andern zu dessen Gunsten mit den Gläubigern abgeschlossener Nachlaßvertrag (Akkommodement) wird unter folgenden zusammentreffenden Bedingungen zur Aufhebung des Konkurses gültig, daß nämlich:

a. der Konkurs kein strafbarer sei;
b. nicht einzelnen Gläubigern besondere Vortheile zugesichert wurden oder sonst unredlich verfahren worden sei; [1]) und
c. daß wenigstens drei Viertel derjenigen Gläubiger, denen überhaupt bei der Ausrichtung ein Verlust in Aussicht steht, den Nachlaßvergleich annehmen und daß die ihn annehmenden mindestens drei Viertel des Gesammtbetrags der in Betracht kommenden Forderungen repräsentiren. [2])

Die durch ein Pfandrecht gesicherten oder sonst ein Vorzugsrecht genießenden Gläubiger kommen nur so weit in Betracht, als sie voraussichtlich ungedeckt bleiben. [3])

Das unter obigen Voraussetzungen zu Stande gekommene Akkommodement wird auch für die allfällig nicht zustimmende Minderheit verbindlich. [4])

[1]) Damit ein während hängendem Konkurs abgeschlossenes Akkommodement gegenüber einer Minderheit erzwingbar werden könne (lit. c dieses §), müssen alle Gläubiger gleich gehalten sein, so daß Jedem gleich viele Prozente seiner Forderung zugesichert werden. Etwas anderes wäre es, wenn alle Gläubiger sich befriedigt erklärten und um Aufhebung des Konkurses einkämen: in diesem Falle würde das Konkursgericht letztere wohl erkennen müssen, ohne sich darum zu kümmern, wie die Befriedigung erfolgte.

[2]) Andere Konkursgesetze begnügen sich wohl auch mit einer Mehrheit von $2/3$ oder gar nur mit einer einfachen Mehrheit. Allein man fand um so weniger Grund, von dem Grundsatze unseres alten Konkursgesetzes abzugehen, als die Erzwingbarkeit eines Nachlasses an sich eine solche rechtliche Anomalie ist, daß sie nicht weiter zu

begünstigen ist, als es zu Ueberwindung des Starrsinns Einzelner, immerhin nur mäßig Betheiligter unumgänglich nothwendig ist.

[3]) Gesetzt also, es würde ein Nachpfandgläubiger, der eine Forderung von Fr. 2000 hat, voraussichtlich bis auf den Betrag von Fr. 1500 durch das Pfand gedeckt, so würde er bei der Verhandlung über das Akkommodement nur mit dem Rest von Fr. 500, womit er voraussichtlich in die 5te Klasse fiele, in Betracht kommen.

[4]) Die oft aufgeworfene Frage, ob ein Gläubiger sich nicht einem erzwingbaren Nachlaßvertrage dadurch entziehen könne, daß er sich an der Ausrichtung nicht zu betheiligen, sondern einen Glückschein zu nehmen erklärt? — muß verneint werden, indem solches dem Zwecke des Instistutes, das dem Konkursanten eine gänzliche Vereinigung seiner Schulden möglich machen will, widerspräche.

§ 171.

Aufsicht des Kreisgerichtes.

Konkurse sollen in der Regel innert vier Monaten nach Ablauf der Rufzeit erledigt werden.[1]) Sollte dieses nicht möglich werden, so hat sich der Kurator bei dem Konkursgerichte, welchem die alsdann nöthig werdenden Maßnahmen vorbehalten bleiben, darüber zu verantworten. Behufs der hiezu erforderlichen Kontrolle werden die Kreisgerichte eine fortlaufende tabellarische Uebersicht über die erwählten Massakuratoren, mit Angabe des Zeitpunktes ihrer Bestellung und ihrer Entlassung, führen.

Ueber die Geschäftsführung des Kurators können sowohl Gläubiger als der Gemeinschuldner — letzterer jedoch nur soweit er ein unzweifelhaftes rechtliches Interesse nachweisen kann[2]) — bei dem Konkursgerichte Beschwerde führen, welches je nach Umständen wegen Nichtbeachtung seiner Weisungen denselben mit der im § 120 bestimmten Ordnungsbuße belegen kann.

Das Konkursgericht kann überdies den Kurator, sei es von sich aus, sei es auf begründetes Begehren von Gläubigern oder des Gemeinschuldners, jederzeit entlassen und durch einen andern ersetzen. Eine solche Ersetzung hat jedenfalls zu erfolgen, wenn sie von den, den größern Betrag der Forderungen vertretenden Gläubigern verlangt wird. Vorbehalten bleibt hiebei die Verantwortlichkeit des Kurators gegenüber den Gläubigern für nachweisbare Schädigung der Masse (§ 151).

[1]) Durch die den Massavögten auferlegte Verpflichtung, in der Regel die Masse innert 4 Monaten zu liquidiren, erhalten die Konkursgerichte eine selbständige Veranlassung, nach Ablauf jener Frist sich um den Stand der Liquidation zu kümmern und, je nach Umständen, wenn der Kurator sich über die Zögerung nicht zu rechtfertigen vermag, denselben mit einer Buße zu belegen oder ihn zu entlassen oder ihm, unter Anberaumung einer neuen Frist, solche Maßregeln anzudrohen.

[2]) Es gibt oft Gemeinschuldner, die sich in starrsinniger und systematischer Opposition mit der Massaverwaltung befinden und die daher stetsfort, auch dann, wann ihre Interessen nicht berührt sind, Grund zur Beschwerde zu haben glauben. Es wird daher das Konkursgericht wohl thun, bei solchen Beschwerden jeweilen zu prüfen, ob denselben ein rechtliches Interesse des Gemeinschuldners zu Grunde liegt. Ein solches rechtliches Interesse wird freilich alsdann stets vorhanden sein, wenn Massa-

bestandtheile verwahrlost werden oder die Liquidation über Gebühr verzögert wird. In so weit wird das Interesse des Gemeinschuldners meist identisch sein mit demjenigen der Gläubiger.

§ 172.

Beschwerde gegen Kreditorenbeschlüsse.

Gegen das formelle Verfahren der Kreditorschaft [1]) können (mit Vorbehalt der Bestimmungen des § 163) die sich beschwert haltenden Gläubiger innert acht Tagen nachdem die angebliche Formverletzung erfolgte, an das Konkursgericht mittelst einer schriftlichen Eingabe rekurriren, welches nach geleisteter erforderlicher Vertröstung und nach Einvernahme des Massakurators, mit möglichster Beförderung den Anstand entscheidet. [2]) Der Weiterzug an den bezirksgerichtlichen Ausschuß ist nach Maßgabe des § 130 zuläßig. Es hat jedoch dieser Rekurs keinen Suspensiveffekt.

Unter denselben Voraussetzungen entscheidet das Konkursgericht Streitigkeiten über die Gültigkeit eines während des Konkurses abgeschlossenen Akkommodements (§ 170) auf Begehren sei es von Gläubigern, sei es des Gemeinschuldners.

[1]) Gegen Verletzung materieller Rechtsansprüche muß dagegen der ordentliche Rechtsweg betreten werden (§ 163).

[2]) Das Verfahren wird hiebei möglichst summarisch sein.

§ 173.

Rechenschaftsablage.

Am Schlusse der Liquidation haben die Massavögte dem Konkursgerichte Rechenschaft über ihre Verrichtungen abzulegen und die sämmtlichen Konkursakten in das Gerichtsarchiv zu übergeben, worauf sie nach Prüfung und Genehmigung der Geschäftsführung von dem Gerichte zu entlassen und zu entlasten sind.

Eine solche Rechenschaftsablage findet auch dann Statt, wenn die Massakuratel während der Liquidation auf einen andern Kurator übergeht, in welchem Fall der neue Massavogt die abgegebenen Konkursakten zu Handen nimmt.

§ 174.

Entschädigungen.

Die Entschädigung des Massavogts wird durch das Konkursgericht nach Verhältniß seiner Bemühungen festgesetzt.

Andere in Konkursfällen thätige Beamtete und vom Amte Beauftragte sowie die in Anspruch genommenen Behörden beziehen für ihre Bemühungen die gesetzlichen, beziehungsweise üblichen Entschädigungen.

§ 175.

Summarisches Verfahren.

In Konkursfällen sehr geringen Belanges ist dem Massakurator gestattet, mit Bewilligung des Kreisgerichtspräsidenten von obigen Bestimmungen zum Zwecke einer möglichst summarischen Erledigung mehr oder weniger abzuweichen. [1])

[1]) Es gibt Konkurse von so geringem Belang, die überdies hinsichtlich der Kollokation so vollkommen liquid sind, daß sich sogar eine Versammlung der Gläubiger, zumal wenn diese zerstreut sein sollten, kaum lohnt. In solchen Fällen liegt eine möglichst summarische und wenig kostende Liquidation, immerhin unter Aufsicht des Kreispräsidenten, im eigenen Interesse der Kreditoren. Meist wird man wohl thun, so einfache Konkursfälle durch die betreffende Gerichtskanzlei liquidiren zu lassen.

Zweiter Theil.

Sachenrecht.

(Dingliche Rechte.)

Einleitende Bestimmungen.

§ 176.

Dingliche und persönliche Rechte.

Rechte, welche zunächst an einer Sache haften und ohne Rücksicht auf die Person ihres Besitzers ausgeübt werden, heißen dingliche Rechte, [1]) während solche, die gegen eine Person gerichtet sind, persönliche Rechte [2]) heißen.

Dingliche (sachliche) Rechte sind: das Eigenthumsrecht und dessen Beschränkungen, die Grundlasten und das Pfandrecht; ferner auch das Erbrecht nach Maßgabe des § 485.

[1]) Die dinglichen (sachlichen) Rechte sind unmittelbar auf die Sache (das Ding) selbst gerichtet. Wer z. B. das Eigenthum an einer Sache hat, der kann sie von Jedem, in dessen Besitz sie wider seinen Willen gelangt sein möchte, herausfordern. Wer eine Servitutsberechtigung besitzt, der kann dieselbe ohne alle Rücksicht darauf, wer die belastete Sache besitzen möchte, ausüben; und wer ein Pfand-

recht an einer Sache besitzt, der kann dieselbe zu Befriedigung seiner Forderung in Anspruch nehmen, wenn sie auch der Schuldner einem Dritten veräußert haben sollte.

[2]) Die persönlichen Rechte sind unmittelbar gegen eine Person, auf die persönliche Leistung eines Pflichtigen gerichtet, wenn sie auch Sachen zum Gegenstande haben mögen. Wenn z. B. A dem B 100 Pfd. Zucker zu liefern versprochen hat, erhält B dadurch ein persönliches Recht gegen A auf Lieferung jener 100 Pfd. Zucker; sein Forderungsrecht ist zwar in seinem Endziel auf eine Sache (100 Pfd. Zucker) gerichtet, er kann aber letztere nur durch das Mittel der pflichtigen Person erlangen.

Die persönlichen Rechte werden übrigens in dem 3ten Theil („Forderungsrecht") behandelt und sind an dieser Stelle nur erwähnt, um die dinglichen Rechte in ihrem unterscheidenden Merkmale desto klarer hervortreten zu lassen.

§ 177.

Eintheilung der Sachen.

Die Sachen, welche Gegenstand eines Rechtes sein können, sind entweder unbeweglich oder beweglich. [1])

Zu den unbeweglichen Sachen (Liegenschaften) gehören vorab alle unabgelösten Bestandtheile der Erdrinde in so weit sie Gegenstand von Rechten werden; [2]) sodann alle mit dem Boden verbundenen Werke, Gebäulichkeiten, Mauern, Zäune, Pflanzen [3]) u. s. w. Als unbeweglich werden auch betrachtet die an unbeweglichen Sachen haftenden Rechte, als: Dienstbarkeiten, insofern sie auf Liegenschaften ruhen, und Grundlasten.

Alle übrigen Sachen, somit auch Pflanzen und Früchte, sobald sie losgetrennt sind, sind beweglich. Deßgleichen werden als beweglich betrachtet: alle nicht an unbeweglichen Sachen haftenden Vermögensrechte, wie z. B. Kapitalien (die auf Grundeigenthum versicherten inbegriffen), [4]) Wechselforderungen, Aktien, Leibrenten u. s. w.

Die Sachen sind entweder körperlich oder unkörperlich je nachdem sie sinnlich wahrnehmbar sind oder nicht. [5]) Zu letzteren gehören z. B. Handels-, Industrie- und Gewerbsgeschäfte als solche, abgesehen von den allfällig dazu gehörenden Fahrnissen und Liegenschaften. [6])

Die Sachen sind ferner vertretbar (fungibel) oder nicht vertretbar (nicht fungibel), [7]) je nachdem sie als Gegenstände von Rechten durch andere von derselben Gattung und Güte ersetzt werden können oder nicht.

Die Sachen sind endlich entweder Einzelsachen oder Gesammtsachen, je nachdem sie nur einzeln für sich oder als Inbegriff mehrerer, durch eine gemeinschaftliche Bestimmung und Bezeichnung als Ganzes erscheinenden, Einzelsachen Gegenstand von Rechten sind. [8])

[1]) Unter „Sache" versteht man somit allgemein Alles, was Gegenstand von Rechten sein kann.

[2]) Somit auch Bergwerke, Teiche, Torflager u. s. w. Die frühere bündnerische Rechtspraxis scheint übrigens zwischen Liegenschaften und andern unbe-

weglichen Sachen derart unterschieden zu haben, daß unter jenen blos Grund und Boden (Grundstücke) und Gebäulichkeiten verstanden wurden, daher z. B. Wälder, wenn nicht auch Grund und Boden dem Waldeigenthümer gehörte, weder im Fall der Veräußerung der Eintragung in das Grundbuch bedurften noch dem Zug unterlagen, und zwar dieses auch dann, wann es sich nicht blos um ein (persönliches) Haurecht, sondern um ein wirkliches Eigenthum an dem Baumwuchs handelte.

[3]) Pflanzen sind somit, so lange sie nicht losgetrennt sind, als Bestandtheile (nicht blos als Zubehörden) des Grundstücks, auf dem sie gewachsen, anzusehen. Ueber die Frage, ob Pflanzen und der Boden, auf dem sie wachsen, verschiedenen Eigenthümern gehören, s. Anm. 1 zu § 208.

[4]) Grundversicherungen bilden kein selbständiges Recht, sondern haf'en an einer Forderung, theilen daher die Natur der letzteren, als einer beweglichen Sache.

[5]) Die unkörperlichen Sachen nennt der Code Nap. (Art. 529) „beweglich durch Bestimmung des Gesetzes."

[6]) Die Firma und Kundsame eines Handelsgeschäftes z. B. sind unkörperliche Sachen, haben aber doch einen selbständigen Werth, ganz abgesehen von dem in natura vorhandenen Betriebskapital. Genau genommen gehören auch alle Rechte, als solche, zu den unkörperlichen Sachen.

[7]) Dahin gehören z. B. Früchte jeder Art (Kartoffeln, Getreide, Obst u. s. w.), Getränke, Geld. Bei diesen Sachen sind es nicht gerade die bestimmten, in einem Sacke sich befindenden Körner, als solche, oder in einem Fasse sich befindenden Tropfen oder in einer Truhe sich befindenden Geldstücke, auf die man Werth legt, sondern es ist das Maß, die Gattung und die Güte, worauf es ankommt. Wenn daher A für 10 Maß Wein, die ihm gehörten, 10 andere Maß Wein von der nämlichen Gattung und Güte oder für 100 Thaler, die ihm gehörten, 100 andere Thaler von nämlichem Schrot und Korn erhält, so ist er befriedigt, da ihm alsdann nicht darauf ankommt, ob die erhaltenen 10 Maß Wein oder 100 Thaler gerade diejenigen seien, die ihm ursprünglich gehörten, oder durch andere vertreten seien.

[8]) Z. B. eine Heerde, eine Bibliothek, ein Tuchmagazin begreifen eine Menge Einzelsachen in sich, die aber vermöge ihrer gemeinschaftlichen Bestimmung und Bezeichnung auch als Ganzes erscheinen und als solches (z. B. wenn Einer sein „Magazin", seine „Bibliothek" verkauft) Gegenstand von Rechten sein können.

Anmerk. Hölzerne Gebäulichkeiten gehörten nach altdeutscher Rechtsansicht zu den beweglichen Sachen. Davon finden sich z. B. noch Spuren in der Klosterser „Erbsatzung": „Item, so ist beschlossen worden, wenn zwey Ehemenschen mit einander hausend, und sie mit einanderen Behausungen zusammen bringend oder bowetend, es wäre Stallungen, Häuser oder Müllenen, soll der Mann die zwey Theil haben und das Weib den dritten Theil, vorbehalten wenn eins oder das andere gewelbte Gemächer zum andern brächte, das soll für liegend Gut gerechnet werden." — Merkwürdig ist für die Umänderung, die im Begriff des Liegenden und Fahrenden im Lauf der Zeiten vor sich ging, besonders die Bestimmung des Landb. der V Dörfer: „Also ist auch ein Gesatz gemacht, daß nun für dißhin in unsern vier Gemeinden alle Häuser, Stedel und andere Gemecher, eß sey gemuret oder Holzwerk, dergleichen auch die Zinsen, sie seien ewig oder ablösig, in allen Dingen für ligend Gut sollen gerechnet werden und nit mehr für fahrendts, wie vor Zeiten ist." Die St. v. Remüs erklären Alles für Liegendes, was aus Liegendem kommt, (chi vain our fuond) und die Oberengad. St. erklärten sogar Gold und Silber und Forderungen und Schulden für Liegendes. Ueberhaupt waren die Begriffe von Liegendem und Fahrendem in den deutschen Statutarrechten ziemlich willkürlich, waren aber von Einfluß auf das Verfügungsrecht des Eigenthümers, auf die Uebertragung des Eigenthums, auf das Erbrecht und auf das eheliche Güterrecht.

§ 178.

Zubehörden.

Zubehörden (Pertinenzen) heißen diejenigen Sachen und Rechte, welche als mit der, den Hauptgegenstand eines Rechtes bildenden Hauptsache verbunden und daher der letzteren folgend angesehen werden. [1])

Als Zubehörde einer unbeweglichen Sache ist insbesondere zu betrachten:

1. Alles, was an derselben erd- und mauer-, niet- und nagelfest ist, und ohne Beschädigung oder Veränderung der Stelle, an welcher es befestigt worden, nicht weggenommen werden kann, als: eingezimmerte Schränke, eingemauerte Kessel, Wasserleitungen, Brunnen, Jauchekasten, Einfriedungen u. s. w.
2. Die nach ihrer Konstruktion ausschließlich für dieselbe bestimmten Vorrichtungen, als: Thüren, Fenster, Schlüssel, Bestandtheile eines unbeweglichen Maschinenwerks [2]) u. s. w.
3. Alle ihre Gerechtsamen.
4. Die auf dieselben und ihre Gerechtsame bezüglichen Urkunden und Pläne.

Als Zubehörde eines Grundstückes oder landwirthschaftlichen Gutes hat ferner aller auf demselben vorhandene, zu dessen Bebauung bestimmte Dünger zu gelten. [3])

Als Zubehörde beweglicher Sachen gelten insbesondere die auf dieselben bezüglichen Urkunden.

[1]) Zubehörden sind somit solche Sachen, die, obwohl sie an sich nicht Bestandtheile der Hauptsache sind, vermöge einer rechtlichen Fiktion als zu derselben gehörig angesehen werden. Wenn demnach A dem B ein Haus verkauft, so werden z. B. Vorfenster, obwohl sie zur Zeit des Verkaufs nicht angehängt sind, dennoch als mitverkauft angesehen werden Ebenso werden die dem verkauften Hause zustehenden Gerechtsamen, z. B. Servituten oder selbst etwaige nachweisbar dem Haus als solchem zustehenden Alprechte (die in unserm Kanton in einigen Gemeinden wirklich den Häusern zugeschieden sind) als mitverkauft betrachtet, wofern sie nicht ausdrücklich vorbehalten waren.

[2]) Wenn demnach eine Fabrik verkauft oder verpfändet wird, so sind (wenn sie nicht vorbehalten wurden) auch die zur Zeit des abgeschlossenen Vertrages an das Fabrikgebäude direkt oder indirekt befestigten Maschinen als in dem Verkauf oder in der Verpfändung begriffen anzusehen.

[3]) Wenn also auf dem von A dem B verkauften Grundstück sich eine Quantität künstlichen Düngers befindet, von welchem nachgewiesen oder nach den gegebenen Umständen auch vermuthet werden kann, daß er nicht für das Gut selbst, sondern für den Handel bestimmt war, so würde dieser Dünger nicht als Zubehörde des Grundstückes, somit nicht als in dem Kaufvertrag inbegriffen angesehen werden. In der Regel wird freilich der auf dem verkauften Gute befindliche Dünger als zu dessen Bebauung bestimmt, somit als dessen Zubehör angesehen werden, so zwar, daß der Verkäufer, wenn er ihn nicht ausdrücklich vorbehielt, ihn nachträglich nicht mehr in Anspruch nehmen kann. Das Zürcher Ges. § 476 und 477 unterscheidet zwischen „landwirthschaftlichem Gute und Grundstück". Das Soloth. Ges. § 658 spricht von dem „zum Bebauen der Grundstücke auf dieselben gebrachten Dünger".

Allein es kann derselbe auch auf dem landwirthschaftlichen Gute selbst erzeugt worden sein.

§ 179.

Eintheilung der beweglichen Sachen.

Unter „Fahrniß" („fahrende Habe") oder „bewegliches Vermögen" werden verstanden: alle nicht als Zubehörde einer unbeweglichen Sache zu betrachtenden beweglichen Sachen und Forderungsrechte jeder Art; unter „Möbeln" die zur Bequemlichkeit oder Verzierung einer Wohnung dienenden Geräthschaften; unter „Hausrath" überdies auch sämmtliche zur Hauswirthschaft dienliche Geräthschaften.

[1]) Der Entwurf hatte auch noch die Begriffe von „Mobilien" und von „Schiff und Geschirr" definirt. Die zweite Kommission ließ diese Begriffsbestimmungen deßhalb fallen, weil die Bedeutung jener Ausdrücke bei uns zu vag sei. Der erstere wird indeß meist entweder (namentlich in der Form „Mobiliar") ganz identisch mit „Fahrniß" oder so gebraucht daß Geld und Forderungsrechte davon ausgenommen erscheinen; unter „Schiff und Geschirr" aber werden wohl allgemein die sei es zu Besorgung der Hauswirthschaft, sei es zur Landwirthschaft, sei es endlich zu Ausübung irgend eines Berufes erforderlichen Geräthschaften und Vorrichtungen verstanden

§ 180.

Der Besitz.

Der Besitz [1]) ist die thatsächliche Herrschaft über eine Sache, [2]) verbunden mit der Absicht, ein wirkliches oder behauptetes Recht an derselben auszuüben. [3])

Der Besitz kann auch durch Stellvertreter ausgeübt werden. [4])

Wer ein Recht an einer Sache hat, dem gehört auch der Besitz der letzteren so weit es sein Recht mit sich bringt. [5]) Zur Ausübung von Rechten unfähige Personen sind zum Erwerbe des Sachenbesitzes unfähig.

[1]) Der Besitz, als solcher, kommt rechtlich in zweifacher Beziehung in Betracht, nämlich theils bei dem Besitzesschutz (§ 184) und theils bei der Ersitzung (§ 202—207). Er ist an sich nur ein faktischer Zustand, der aber, als nothwendige Bedingung zur Ausübung mannigfacher Rechte, eine selbständige Bedeutung hat, derart, daß er im Interesse der öffentlichen Rechtsordnung gegen willkürliche Störungen geschützt wird (Besitzesschutz) und in so weit einem dinglichen Rechte analog erscheint, ja sogar den Nachweis des Eigenthumsrechtes ersetzen (§ 219) und unter Umständen selbst zu einem wahren Eigenthumsrechte erwachsen kann (Ersitzung).

[2]) Zu Ausübung des Besitzes ist demnach regelmäßig ein sinnlich wahrnehmbarer Gegenstand erforderlich. Selbst ein Industrie- und Handelsgeschäft, welches in seiner Totalität laut § 177 zu den unkörperlichen Sachen gerechnet wird, kann somit nur in sofern besessen werden, als dasselbe körperliche Sachen, welche Gegenstand von Besitzeshandlungen sein können, in sich begreift. An Forderungsrechten, als solchen, kann demnach kein Besitz ausgeübt werden, wohl aber können die betreffenden Titel, als: Schuldscheine, Aktienscheine, Wechsel u. s. w., als sinnlich wahrnehmbare Gegenstände besessen werden. Das österr. und preuß. Ges. nehmen

auch den Besitz von Rechten (und zwar selbst von Forderungsrechten) an. Es ergeben sich aber hieraus störende Mißbegriffe, daher schon die erste Kommission nach einläßlicher Berathung von einer Ausdehnung des Sachenbesitzes auf Rechte (namentlich auf Forderungsrechte) Umgang zu nehmen beschloß.

[3]) Zum Besitze genügt demnach nicht das körperliche Innehaben einer Sache (beziehungsweise die thatsächliche Herrschaft über dieselbe), vielmehr ist zu demselben erforderlich, daß jene thatsächliche Herrschaft mit der Absicht verbunden sei, dadurch ein Recht an der Sache auszuüben. Gesetzt z. B. es sei in einer Erbtheilung dem A ein Haus zugefallen, in welchem ein dem Miterben B zugetroffener Wagen stehen bleibt, so befindet sich zwar A in der Lage, eine thatsächliche Herrschaft über den Wagen ausüben zu können. Dessenungeachtet ist dieselbe nicht als eigentlicher Besitz anzusehen, sofern A dadurch kein Recht an dem Wagen auszuüben beabsichtigt.

[4]) Wenn also z. B. A einen Gegenstand als Depositar des B inne hat, so kann B, gerade als ob er selbst ihn inne hätte, mit Bezug auf denselben sowohl den Besitzesschutz anrufen, als die Ersitzung geltend machen, wenn die Bedingungen dazu vorhanden sind.

[5]) Der Besitz einer Sache hat nur Werth zur Ausübung von Rechten an derselben und es haben anderseits diese Rechte keinen Werth ohne den entsprechenden Besitz. Der Besitz ist eine nothwendige Ergänzung des entsprechenden Rechtes. Wenn z. B. A von B ein Grundstück pachtet, so erhält er dadurch ein Recht auf den Besitz des Grundstückes, indem sonst sein Pachtrecht werth- und inhaltlos wäre. Freilich erstreckt sich aber dieses sein Besitzrecht nicht weiter als sein Pachtrecht, d. h. er kann das Grundstück bewirthschaften, kann aber an ihm nicht Besitzeshandlungen vornehmen, die nur dem Eigenthümer zustehen, also z. B. nicht einen Weingarten in einen Acker verwandeln. Sein Besitzrecht ist also ein beschränktes.

§ 181.

Verschiedene Besitzesrechte an derselben Sache.

Wenn an einer und derselben Sache von verschiedenen Personen verschiedene Rechte ausgeübt werden, so steht dieselbe zugleich im Besitze aller jener Personen, so weit es das Recht einer jeden mit sich bringt. So kann eine Liegenschaft gleichzeitig im Eigenthumsbesitze des Eigenthümers, im Nießbrauchbesitze des Nutznießers und im Pacht- oder Miethbesitze des von letzterm bestellten Pächters oder Miethers sich befinden. [1])

[1]) Es ist dieses eine Folge von § 180. (Vgl. Anm. 5 zu letzterem.) Diese Besitzesrechte verschiedener Personen an der nämlichen Sache schließen einander nicht aus, sondern vertragen sich vollkommen mit einander, da der Besitz einer jeden nur soweit reicht als das entsprechende Recht. Daraus folgt, daß z. B. nicht nur der Eigenthümer eines Hauses, sondern auch dessen Miether den Besitzesschutz gegen ein gewaltsames Eindringen in dasselbe anrufen kann, und zwar der Eigenthümer den Schutz seines Eigenthumsbesitzes, der Miether den Schutz seines Miethbesitzes. Für die Ersitzung kommt natürlich ausschließlich der Eigenthumsbesitz in Betracht.

Es ist dies eine Abweichung von dem römischen Rechte, das dem Besitze einen ausschließenden Charakter beilegt und zu dessen Erwerb stets possessio vacua fordert, daher eine eigentliche possessio auch nur dem Eigenthümer, den Inhabern anderer Rechte an einer Sache (wie dem Pächter, Miether u. s. w.) aber nur einen uneigentlichen Besitz, eine quasi possessio (den Besitz des betreffenden Rechtes im Gegensatze zu dem Besitz der Sache) zuschreibt. Elastischer noch war in dieser Hinsicht das deutsche Recht, welches eine „Gewehre" nicht nur dem Eigenthümer (der die Sache als „eigene" besaß), sondern auch jedem Inhaber

eines dinglichen Rechtes zuschrieb. Jeder Inhaber eines dinglichen Rechtes (also der Pfandgläubiger und Erbzinsmann wie der Eigenthümer) hatte an der Sache eine „ledigliche Gewehre“ (Eichhorn St. u. R. G. § 355).

§ 182.

Vermutheter Besitz beweglicher Sachen.

Von den auf einem Grundstücke oder in einer Wohnung oder sonstigen Gebäulichkeit befindlichen beweglichen Sachen wird vermuthet, daß sie sich im Besitze Desjenigen, der das betreffende Grundstück oder die betreffende Räumlichkeit besitzt, befinden. [1])

[1]) Diese Vermuthung grundet sich darauf, daß der Besitzer eines Grundstücks oder einer Räumlichkeit seine Herrschaft auf alle in derselben enthaltenen Gegenstände erstreckt, eine solche Herrschaft aber in der Regel nur von demjenigen ausgeübt wird, der ein Besitzesrecht auf dieselben hat. Es kommt freilich immer sehr auf die Umstände an. So wird man von Gegenständen, die sich in einer gemietheten, von dem Miether meublirten Wohnung befinden, in der Regel vermuthen, daß sie sich zunächst in dem Besitze des Miethers und nicht des Hauseigenthümers befinden — ich sage „zunächst“, denn daß der Vermiether selbst an den von dem Miether eingebrachten Fahrnissen einen entfernteren Besitz hat, beweist sein gesetzliches Pfandrecht an denselben (§ 307).

§ 183.

Redlicher und rechtlicher Besitz.

Der Besitz ist ein unredlicher, wenn der Besitzer einer Sache weiß, oder bei einer auch nur gewöhnlichen Aufmerksamkeit hätte wissen müssen, daß ein Anderer ein besseres Recht als er an derselben habe. Im entgegengesetzten Falle ist er ein redlicher.

Der Besitz ist ein rechtlicher, wenn er nicht willkürlich (d. h. weder durch Gewalt noch Arglist noch Mißbrauch des Vertrauens) erworben wurde. Im entgegengesetzten Falle ist er ein unrechtlicher. [1])

Der Besitz wird, sofern er rechtlich ist, als redlich [2]) **vermuthet bis das Gegentheil erwiesen ist.**

[1]) Die Rechtlichkeit des Besitzes beschlägt lediglich die formelle Seite der Besitzergreifung. Eben weil der Besitz schon als faktischer Zustand so lange zu schützen ist, bis ein Anderer ein besseres Besitzrecht nachweist, darf Niemand eigenmächtig sich denselben anmaßen. Wer dies thut, ist ein unrechtlicher Besitzer und darf für diesen seinen unrechtlichen Besitz nicht den Rechtsschutz ansprechen, den der rechtliche Besitzer ansprechen kann, d. h. sein Besitz wird gar nicht als wahrer Besitz betrachtet, so daß er aus demselben gegenüber einem andern, die Sache Ansprechenden nicht die bevorzugte rechtliche Stellung ableiten kann, welche sonst jedem Besitzer, als solchem zukommt. Daher kann (zufolge § 184), wenn z. B. A dem B eine Sache eigenmächtig entzieht, ganz abgesehen davon, ob A ein besseres Recht daran hat als B, der letztere mittelst blosen Amtsbefehles die Wiederzustellung der Sache verlangen, vorausgesetzt freilich, daß A nicht beweisen könne, es habe B selbst sich eigenmächtig in den Besitz der Sache gesetzt gehabt, also unrechtlich besessen. Die Rechtlichkeit (Gesetzlichkeit) des Besitzes kommt somit lediglich in Betracht bei Besitzesstreitigkeiten, und zwar dadurch, daß der rechtliche Besitz (jedoch nur innert einer bestimmten Frist) Anspruch auf summarischen gesetzlichen Schutz hat (§ 184).

Im Zweifel ist übrigens bei Besitzesstreitigkeiten selbstverständlich die Rechtlichkeit des Besitzes anzunehmen. Die Unrechtlichkeit eines Besitzes berechtigt indeß weder Denjenigen, welchem die Sache eigenmächtig entzogen wurde noch viel weniger Dritte, sich der Sache durch unstatthafte Gewaltanwendung beziehungsweise durch zu weit gehende Selbsthülfe zu bemächtigen, vielmehr treten einer solchen die Polizei- und Strafgesetze im Interesse der öffentlichen Ordnung entgegen. — Die Rechtlichkeit des Besitzes ist nicht zu verwechseln mit der Rechtmäßigkeit des Besitzes. Rechtmäßig ist nämlich derjenige Besitzer, dem das beanspruchte Recht an der besessenen Sache wirklich zusteht, während es zur Rechtlichkeit des Besitzes genügt, daß man sich denselben nicht auf ungesetzliche Weise (durch Gewalt u. s. w.) angeeignet habe.

²) Die Redlichkeit des Besitzes ist nicht von dessen Rechtlichkeit bedingt. Es kann daher eben sowohl ein unrechtlicher Besitzer redlich als ein rechtlicher unredlich sein. Denn es kann z. B A, der dem B eine Sache eigenmächtig entzieht, im besten Glauben stehen, ein besseres Recht daran zu haben, und hinwieder der rechtliche Besitzer B sich vollkommen bewußt sein, daß A ein besseres Recht an der Sache hat. Die Redlichkeit des Besitzes ist übrigens vorzugsweise von Einfluß bei der Ersitzung (§ 202) und bei der Eigenthumsklage (§§ 216, 217 und 219).

§ 184.

Besitzesschutz.

Der rechtliche Besitz hat selbständigen Anspruch auf Rechtsschutz, ¹) so zwar, daß Niemand, ob er auch zu dem Besitz einer Sache berechtigt wäre, dieselbe dem rechtlichen Besitzer willkürlich entreißen, beziehungsweise vorenthalten, sondern nur gerichtlich einklagen kann, widrigenfalls er eine unrechtliche Besitzergreifung, beziehungsweise eine Besitzesstörung begeht, gegen welche, ²) auf Verlangen des Beeinträchtigten, auf dem Wege des summarischen Verfahrens eingeschritten werden muß, wenn die Besitzesklage innert drei Monaten angehoben wird. ³)

Die summarische Besitzesklage kann aber nur gegen den Besitzesstörer selbst oder dessen unredliche Nachfolger, nicht aber gegen den dritten redlichen Besitzer erhoben werden. ⁴)

¹) Gegen Besitzesstörungen kann der richterliche Schutz auf dem Wege des summarischen Verfahrens angerufen werden. Die Wiederherstellung des gestörten Besitzstandes erfolgt alsdann blos aus dem formellen Grunde, weil derselbe gestört wurde, und nicht etwa deßhalb, weil der gestörte Besitzer an sich den bessern Rechtstitel hätte. Ueber das materiell bessere Recht zu entscheiden, bleibt dem ordentlichen Prozesse vorbehalten Es entspricht jenes summarische Verfahren sowohl dem römischen Rechte, welches durch seine Interdikte half, als dem deutschen Rechte, wonach der Richter den Entwehrten durch eine vorläufige Verfügung wieder in den Besitz einsetzte. Diese summarische Besitzesklage nähert sich einer Deliktklage, indem die Besitzesstörung gleichsam als eine Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung angesehen werden kann, daher nach älterem deutschem Rechte der Besitzesstörer wegen „Friedbruches" in eine Buße verfällt wurde. Hinsichtlich jenes summarischen Verfahrens kommt im Allgemeinen unser Gesetz über richterliche Gebote und Verbote in Anwendung; es sollte jedoch die Bestimmung des § 9 desselben für solchen Fall nicht gelten, indem es sich hiebei nur um die Wiederherstellung eines gestörten Zustandes handelt und es Sache des den Besitz Störenden, nicht des im Besitz Gestörten sein muß, sein besseres Recht an der streitigen Sache zu beweisen.

²) Durch den selbständigen Anspruch des rechtlichen Besitzes auf Rechtsschutz erhebt sich die blose Thatsache des Besitzes zu einem vorläufigen Besitzesrechte, das, ganz abgesehen davon, ob es ein rechtmäßiger Besitz ist, bis auf Weiteres geschützt wird. Die deutsche „Gewehre" (so hieß der Besitz) enthielt diesen Gedanken so prägnant, daß sie nahezu mit dem entsprechenden Rechte an der Sache zusammenfiel und z. B. der Beweis der „rechten Gewehre", d. h. daß man die Sache mittelst Auflassung (Uebertragung) in öffentlicher Gerichtsversammlung erworben und Jahr und Tag in seiner Gewehre (seinem Besitz) gehabt habe, des Eigenthumsbeweises enthob und in einem Eigenthumsstreite immer die bessere Gewehre entschied (Eichhorn St. u. R. G. § 59 a § 356).

³) Der summarische Besitzesschutz soll nur innert einer kurzen Frist nach erfolgter Besitzesstörung eintreten. Das außerordentliche Mittel des Amtsbefehls soll nur angewandt werden, so lange die Besitzesstörung noch in frischem Angedenken und die dadurch der öffentlichen Rechtsordnung geschlagene Wunde gleichsam noch offen ist. Ist dieselbe einmal vernarbt und hat der angeblich in seinem Besitz Gestörte über den Vorfall Gras wachsen lassen, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er mit seiner Beschwerde fortan auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen wird. Es versteht sich übrigens, daß diese dreimonatliche Frist erst von dem Zeitpunkte an zu laufen beginnt, in welchem dem im Besitz Gestörten die Besitzesstörung bekannt wird. (Vgl. § 207.)

⁴) Wenn z. B. B dem A eine Sache eigenmächtig entreißt und sie dem C verkauft, so soll A nur dann mittelst Amtsbefehles von C die Erstattung der Sache verlangen können, wenn dieser von dem unrechtlichen Besitze des B wußte oder wissen konnte, sonst aber nicht. Eben weil die Besitzesstörung als eine Art „Friedbruch" betrachtet wird, kann die den „Frieden wiederherstellende" Verfügung nur gegen die Schuldigen gerichtet werden.

Man vergegenwärtige sich übrigens, daß es sich hier nur um den Besitzesschutz, nicht aber um die Eigenthumsklage handelt. Mittelst letzterer (s. § 215 ff.) kann A allerdings eine Sache, die ihm von B gestohlen wurde, auch aus dem redlichen Besitze des C zurückfordern.

Anmerk. Eine Spur von Besitzesschutz zeigt sich in den Bergeller Stat. (c 64): „che nessuno possa mettere mano in cosa che non ha in sua possanza senza licenza del Dritto." Die Poschiaver St. verboten bei Strafe von 25 L. imp. Jemanden im Besitze einer Liegenschaft zu stören (turbare, molestare, inquietare). Wer einen Andern des Besitzes gewaltsam entsetzt (spogliarà) hat nebst der Sache ihren doppelten Werth (diesen zur Hälfte dem Geschädigten und zur Hälfte der Gerichtskasse) zu ersetzen. Ueber Besitzesstörungen hatte der Podestà summarisch zu erkennen. Das Landb. der V Dörfer enthielt die sonderbare Bestimmung, daß derjenige, welchem „um Weg oder Steg oder ander Ding" verboten wird, innert 14 Tagen suchen soll „so er zu Recht kommen mag", widrigenfalls er „alle Ansprach und Rechte verlohren habe."

Erster Abschnitt.

Das Eigenthum.

§ 185.

Begriff.

Das Eigenthum ist das Recht, über eine Sache, sowohl was ihre Wesenheit (Substanz) als ihren Nutzen betrifft, mit Vorbehalt der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Einschränkungen, willkürlich zu verfügen.

Das Eigenthum kann sich beziehen:

a. auf unbewegliche Sachen (Liegenschaften); und

b. auf bewegliche Sachen.

Bei Grundstücken erstreckt es sich auch auf den Luftraum über und auf den Boden unter denselben, [1]) so weit jener und dieser dem Eigenthümer nutzbringend sein können. [2])

[1]) Hieraus folgt z. B. daß sowohl Quellen als Mineralien dem Eigenthümer desjenigen Grundstückes gehören, in welchem sie sich befinden. Es dürfte demnach, da wir kein Bergwerkregal kennen, unter dem Grundstück eines Andern nur mit dessen Einwilligung nach Mineralien geschürft werden. Da indessen der Bergbau bei uns in der Regel nur in den höheren Bergregionen, in welche das Privateigenthum selten hinaufreicht, betrieben werden kann, so bedarf er meist nur der Konzession der betreffenden Territorialgemeinde. Die absolute Freigebung des Bergbaues erleichtert freilich sehr den sog. Raubbau, dem in Staaten, welche wenigstens die Oberaufsicht sich vorbehalten haben, eher gewehrt werden kann.

Was die Luftschicht über dem Grundstück betrifft, so kommt dieselbe hauptsächlich bei dem Baurecht (§ 241) in Betracht.

[2]) Das hindert nicht, daß ein Grundstück und das mit demselben Verbundene (z. B. ein Haus oder ein Baum) verschiedenen Eigenthümern gehören. Nach röm. Rechte war dies freilich nicht statthaft, indem das Eigenthum an dem mit dem

Boden Verbundenen (superficies) nothwendig in dem Eigenthum an dem Boden enthalten war. Nach deutschem R., dessen Eigenthumsbegriff überhaupt elastischer ist, stand aber einer solchen Theilung nichts entgegen. So kommt es bei uns noch zur Stunde vor, daß ein Baum nicht dem Eigenthümer des Bodens, in welchem er steht, sondern einem Andern gehört, wie denn die St. v. Fürstenau mit Bezug auf diesen Fall die Bestimmung enthalten, daß dem Eigenthümer des Bodens, wenn der Baum verkauft würde, das Zugrecht zustehe.

Anmerk. Die Betreibung von Bergwerken war ehemals auch in Graubünden ein Hoheitsrecht des Landesherrn. So wurden von den Grafen von Tyrol die Bergwerke von Scarl im J. 1317 an die Ganda, a Porta und Planta verkauft, das Bergwerk von Vuldera 1332 an Conrad Planta und im J. 1356 sämmtliche Bergwerke des Unterengadin mit dem Holzbedarf u. s. w. an Ulr. Planta verliehen. Eben so verlieh Kaiser Carl IV. dem Bisthum Chur alles Erz im Gebiet der Landquart (1349.)

Erstes Kapitel.

Erwerbung des Eigenthums.

A. Durch ordentlichen Uebergang.

§ 186.

Erfordernisse.

Zu Erwerbung des Eigenthums an einer Sache, die sich in fremdem Eigenthum befindet, ist ordentlicher Weise erforderlich:

1. Der Uebergang des Eigenthumsrechtes mittelst Vertrages (Kaufes, Tausches, Schenkung) oder Erbschaft oder obrigkeitlicher Zuweisung (gerichtlichen Urtheils, gantrichterlicher Auspfändung, polizeilicher Exekution), oder konkursmäßiger Ausrichtung. [1]) Der Uebergang des Eigenthumsrechtes an Liegenschaften mittelst Vertrages geschieht erst mit dem Augenblick der Eintragung des letzteren in das Grund- oder Vertragsprotokoll. [2])

Zu Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen ist überdies erforderlich

2. Der Uebergang des rechtlichen Besitzes der Sache auf denjenigen, der an derselben das Eigenthumsrecht erworben,[3]) wenn er nicht bereits in deren Besitz sich befindet.[4])

[1]) Diesem Eigenthumsübergang mittelst rechtlichen Erwerbsgrundes (iustus titulus) steht die eigenmächtige Aneignung (die zugleich einen unrechtlichen Besitz bewirkt) entgegen. Der Dieb erwirbt also an der gestohlenen Sache kein Eigenthum. Man vergegenwärtige sich übrigens, daß hier nur von dem Eigenthumserwerb an Sachen die sich schon in fremdem Eigenthum befinden, nicht aber von dem Eigenthumserwerb an selbsterzeugten und herrenlosen Sachen die Rede ist.

[2]) Somit sind fortan auch Schenkungen und nicht blos, wie früher, Käufe und Täusche von Liegenschaften ins Grundbuch einzutragen. Der Rechtsgrund ist überall derselbe, nämlich der, den vertragsmäßigen Handänderungen von Liegenschaften größere Sicherheit und Festigkeit zu geben. So lange diese Eintragung nicht erfolgte hat der Erwerber kein dingliches (Dritten gegenüber gültiges) Recht, somit kein wahres Eigenthumsrecht erlangt, wohl aber bleibt der Veräußerer gegenüber dem Erwerber durch das Vertragsverhältniß persönlich verpflichtet.

Die meisten Gesetzgebungen fordern die Protokollirung für jeden (also selbst für den erbsmäßigen) Uebergang des Eigenthums an Liegenschaften Allein dem praktischen Bedürfniß genügt die Protokollirung des vertragsmäßigen Uebergangs Es entspricht übrigens diese Beschränkung im Grunde auch besser der deutschrechtlichen „Auflassung", aus welcher die heutige Einrichtung der Grundbücher sich entwickelte. Denn auch jene „Auflassung" (so hieß die feierliche Uebergabserklärung vor versammeltem Gerichte) war blos bei vertragsmäßigen, nicht aber bei erbsmäßigen Uebergängen von Grundeigenthum nöthig.

[3]) Somit ist der Besitzübergang nur zur Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen, nicht aber zur Erwerbung des Eigenthums an Liegenschaften erforderlich, vielmehr geht das Eigenthum an letzteren sofort durch Erwerbung des Eigenthumsrechtes (laut Ziff. 1) über Daraus folgt, daß derjenige, welcher in angegebener Weise das Eigenthumsrecht an einer Liegenschaft erworben hat, dieselbe, sogar bevor er selbst davon Besitz ergriff, von jedem Dritten herausfordern kann; so wie ferner, daß er die Früchte der erworbenen Liegenschaft sofort von dem Zeitpunkt der Erwerbung des Eigenthumsrechtes und nicht erst von demjenigen der Besitzergreifung an ansprechen kann. Immerhin verbleibt dem Besitze von Liegenschaften, als solchem, seine rechtliche Bedeutung sowohl mit Rücksicht auf den Besitzesschutz als mit Rücksicht auf die Erjährung. Es kann also z B. A durch den Besitz das Eigenthum an einer Liegenschaft mittelst Erjährung erwerwen, obwohl laut Grundbuch B Eigenthümer derselben sein sollte. m. a. W die Protokollirung eines Grundstückes hindert nicht dessen Ersitzung durch einen Andern.

Nach röm. Rechte freilich war die, wenn auch nur symbolische Besitzergreifung (traditio) auch zur Erwerbung des Eigenthums an Liegenschaften erforderlich. Auch das altdeutsche Recht konnte sich einen eigentlichen Eigenthumsübergang an Liegenschaften ohne „Einweisung in die Gewere" (Besitzesübergabe) nicht denken. Doch fand dieselbe meist symbolisch statt, etwa so, daß der Erwerber einige Mal im Gut herumfuhr oder auf demselben ein Feuer anzündete oder mehrere Male auf demselben übernachtete u s. w. Gerade aber diese vielfache Anwendung der Symbolik durch die alten Rechte beweist, daß die Besitzesübergabe bei Liegenschaften durch den Eigenthumserwerb bei Weitem nicht die Bedeutung hat wie bei beweglichen Sachen, bei welchen sie durch die körperliche Uebergabe viel sinnenfälliger und unzweideutiger erfolgen kann.

[4]) Verbleibt die veräußerte Sache in dem Besitze des Veräußerers, derart, daß dieser fürder seinen Besitz von dem Erwerber ableitet, so wird der Eigenthums-

übergang schon als durch den blosen Vertrag vollzogen angesehen, indem der Besitz ja auch durch einen Stellvertreter ausgeübt werden kann. Es ist dies das sog constitutum possessorium der Römer. Umgekehrt kann derjenige, der (z B. als Depositar) eine Sache im Namen eines Andern besitzt, von letzterem das Eigenthum ohne daß es einer neuen Uebergabe bedürfte, also durch blosen Vertrag erwerben. Es ist allerdings nicht zu leugnen, daß solchergestalt der Erwerb des Eigenthums an Fahrnissen meist wie derjenige an Liegendem durch blosen Vertrag wird bewerkstelligt werden können.

§ 187.

Eintragung in das Grundprotokoll.

Zum Behuf der Eintragung in das Grundprotokoll ist der Vertrag, wodurch das Eigenthum an einer unbeweglichen Sache übertragen werden soll, schriftlich abzufassen und von beiden Kontrahenten zu unterzeichnen.

Die Eintragung muß enthalten:

1. Genaue Bezeichnung der Kontrahenten; [1])
2. Genaue Bezeichnung der Sache, deren Eigenthum übergehen soll.
3. Angabe des Uebergangstitels (Kaufes, Tausches oder Schenkung) und, wenn dieser ein Kauf ist, der Kaufsumme;
4. Angabe des Datums (Ort, Tag und Jahr der Eintragung; [2])
5. Die Unterschrift des Protokollführers.

Der Eintragung ist das Datum desjenigen Tages beizufügen, an welchem die Urkunde zu diesem Zwecke eingereicht wurde. Sie ist in letzterer auf Verlangen zu bescheinigen.

In Beziehung auf die Beaufsichtigung und Verantwortlichkeit der Protokollführer gelten die Bestimmungen der, die Führung der Pfandprotokolle beschlagenden §§ 301 und 302.

Die Eintragung darf ohne Bewilligung der Aufsicht führenden Behörde nicht erfolgen, wenn laut dem Grundprotokoll das Eigenthum an der veräußerten Liegenschaft einem Anderen als dem Veräußerer zusteht. [3])

[1]) In Fällen, in welchen der Protokollführer die Zustimmung der Parteien beziehungsweise die Aechtheit ihrer Unterschriften zweifelhaft findet, mag er ihre persönliche Erklärung verlangen.

[2]) Der Protokollführer wird daher wohl thun, sich für den Fall, daß er eine ihm zur Protokollirung übergebene Urkunde nicht sofort eintragen könnte, ein Journal zu halten, in welchem er jeweilen den Tag bemerkt, an dem ihm eine Urkunde vorgewiesen wurde.

[3]) Wenn z. B. in dem Grundbuche B als Eigenthümer eines Grundstückes erscheint, das A nun dem C veräußern will, ohne daß bekannt wäre, daß A dasselbe etwa durch Erbschaft, konkursmäßige Ausrichtung u. s. w von B überkommen hätte, so hat der Protokollführer die Weisung des Amtes, das den Fall näher untersuchen mag, hinsichtlich der Eintragung zu gewärtigen. Denn obwohl diese Eintragungen im Allgemeinen ein rein privatrechtliches Verhältniß beschlagen, um das man sich von Amtswegen nicht zu kümmern hat, so erfordert doch die den Grundbüchern beizumessende und gleichsam amtlich garantirte Glaubwürdigkeit, daß schon von Amtswegen offenbare Widersprüche in seinem Inhalte nicht geduldet werden.

Anmerk. Die Uebertragungen von Grundeigenthum erfolgten bekanntlich nach altdeutschem Recht vor öffentlichem Volksgericht. Daß diese „Auflassung" ursprünglich auch in Rhätien gebräuchlich war, beweisen mehrere unserer älteren Urkunden. So verkauft den 31. Mai 1342 der Marschall v. Montfort mit seiner Gattin einen Zins (Bodenzinse wurden als Liegendes behandelt) „mit Albrechts Hand des Ammann von Rankwyl vor offenem Gericht zu Rankwyl" und fertigt Hainz von Fontnaus als „Vogt zu Meyenfeld" einen Verkauf von Liegenschaften mit der Eingangsformel „thun kund daß vor offenem Gericht" u. s. w. den 17. Nov. 1346, ferner verzichtet Egen v. Strada „an offenem Gericht zu Cur" auf ein Gut zu Gunsten des Domkapitels u. s. w. (Mohr Cod. dipl. II. Nr. 279 und Nr. 306, III. Nr. 137). Als aber einerseits die Volksgerichte in Abgang kamen und anderseits die Schriftlichkeit der wichtigeren Verträge beliebter wurde, pflegten solche Eigenthumsübertragungen schriftlich von den ehemaligen Gerichtsvorsitzern („Vogt", „Ammann" u. s. w.) gefertigt oder wenigstens durch ihr Siegel bekräftigt zu werden. Unter den Gotteshausleuten geschah dies gewöhnlich durch den bischöflichen Kanzler, in Chur wohl auch durch den „Vogt", „Vizedom" oder „Ammann" der Stadt. Freie siegelten wohl auch mit eigenem Siegel. So wird öfter der „Kanzler" oder „Vizdom" von Chur um die Siegelung gebeten, weil die Parteien „nit eigen Insigel haben" (Mohr Cod. dipl. II. pag. 284 und 399) — Da Frauen vor Gericht nicht auftreten durften, bedurften sie zu den „Auflassungen" und später auch zu den Eigenthumsübertragungen bei Liegenschaften mittelst schriftlichen Vertrages eines „Vogtes", der ihnen vom Gericht gegeben, später wohl auch von ihnen selbst erbeten wurde. Entäußerung von Grundeigenthum erfolgten damals auch meist gemeinschaftlich mit den nächsten Verwandten oder mit deren Zustimmung.

Auch in der statutarischen Zeit wurden meist zu Uebertragungen von Grundeigenthum gewisse Solennitäten gefordert. So verlangen die St. von Obtasna, daß solche „offen und frei vor Gerichtsgenossen erfolgen sollen" (Venditas da fuond o marchals da prövi dessen dvantar avertamaing e libers avant glieud cummüna). Das Landb. v. Klosters verlangt die amtliche Verschreibung für alle wichtigeren Verträge („um Haus, Hof, Wun oder Weid, Dach, Gemach, Holz, Feld, deßgleichen um Roß oder ander namhaft Vieh oder dem andern Gelt leihen wurden auf Zins oder sonst ander Märkt geschehend"). Diese Urkunden hatten volle Beweiskraft, Privatverschreibungen dagegen nicht und wurden überdies mit einer Buße belegt.

Von unsern Statutarrechten kannte blos dasjenige des Oberengadins das Institut der öffentlichen Protokollirung. Zufolge desselben mußten alle Kaufverträge über Liegenschaften innert 8 Tagen in das Kaufprotokoll der betreffenden Gemeinde eingetragen werden. Jedoch war auch in Chur die kanzleiische Protokollirung der Käufe und Täusche schon längst in Uebung.

§ 188.

Besitzesübergang beweglicher Sachen.

Der Besitzesübergang beweglicher Sachen geschieht durch Uebergabe derselben, sei es direkt, sei es durch das Mittel von Stellvertretern. [1])

Der Besitzesübergang auf dem Wege der Versendung ist nur dann vor der Einhändigung an den neuen Eigenthümer oder dessen Beauftragten als vollendet anzusehen, wenn dem Versender von dem Erwerber ein bestimmter Fuhrmann oder Bote zur Uebergabe angewiesen war. [2])

Gesammtsachen, z. B. Waarenlager, können auch durch Uebergabe der dieselben verwahrenden Schlüssel in den Besitz des neuen Erwerbers übergehen. [3])

[1]) Hiemit ist die körperliche Uebergabe der Sache in die Gewahrsam des Erwerbers (von Hand in Hand) verstanden. Nur dadurch nämlich kann die Eigenthumsänderung (Handänderung) bei beweglichen Sachen für den Dritten wahrnehmbar werden, während derselbe bei Liegenschaften theils meist notorisch theils (bei Verträgen) aus den Grundbüchern oder andern amtlichen Urkunden (Urtheilen, Skussionsprotokollen, Steuerregistern u. s. w.) leicht ersichtlich ist. Der *Code Nap.* § 1606 läßt den Besitzesübergang beweglicher Sachen auch durch „bloße Einwilligung der Parteien“, wenn die Uebergabe nicht sofort geschehen kann, stattfinden

[2]) Dieser Fuhrmann oder Bote erscheint alsdann als Beauftragter oder Stellvertreter des Erwerbers. Mit der Uebergabe der Sache an jenen Fuhrmann oder Boten geht somit auch das Risiko derselben auf den Erwerber über.

[3]) Da bei solchen Gesammtsachen oft eine eigentliche körperliche Uebergabe nicht wohl möglich ist, so muß man mit der Uebergabe der Schlüssel, wodurch der Erwerber ihre Gewahrsam erhält, sich begnügen.

B. Durch Zueignung.

---

§ 189.
Herrenlose Sachen.

An herrenlosen Sachen d. h. an solchen Sachen, die in Niemandes (auch nicht des Staates und der Gemeinde) Eigenthum sind, sei es, daß sie niemals Jemandem eigenthümlich gehörten, sei es, daß das Eigenthum an denselben erweislich aufgegeben wurde, kann das Eigenthum auch durch bloße Besitzergreifung (Okkupation), wenn solche in dieser Absicht geschieht, erworben werden. [1])

[1]) Als herrenlose Sachen sind dermalen wohl nur bewegliche Sachen denkbar, da ja sämmtlicher Grund und Boden, so weit er nicht in das Privateigenthum übergegangen ist, als Eigenthum der betreffenden Territorialgemeinde anzusehen ist.

§ 190.
Wilde Thiere.

Zu den herrenlosen Sachen gehören namentlich alle in natürlicher Freiheit wild lebenden Thiere, in so weit nicht besondere Jagd- und Fischereirechte oder einschränkende Verfügungen der Staatsbehörden entgegenstehen. [1])

Ungezähmte wilde Thiere, die der Gewahrsam entkommen, oder gezähmte, welche die Gewohnheit des Wiederkehrens abgelegt haben und in den Zustand ihrer natürlichen Freiheit übergegangen sind, sind als herrenlos zu betrachten. [2]) Ebenso Bienenschwärme, deren der Eigenthümer während drei Tagen nicht habhaft wird. [3])

Die Verfolgung entkommener Thiere ist auch auf fremdem Grundeigenthum gegen Vergutung des dadurch verursachten Schadens gestattet.

¹) Wer also z. B. mit Uebertretung der jagdpolizeilichen Verordnungen (etwa während geschlossener Jagd) Wild erlegt, erwirbt an demselben zunächst nur Besitz, nicht aber Eigenthum, da ihm für letzteres ein gültiger Rechtstitel fehlt. Das altdeutsche Recht rechnete auch „Wild und Gevögel" zur „gemeinen Mark" im weitern Sinne, d. h. zum Gesammteigenthum der Markgenossen (Grimm d. R. A. 498). Es drückte dies aber wohl nur die den Markgenossen ausschließlich zustehende Jagdberechtigung aus.

Die Herrenlosigkeit des Wildes ist demnach wohl zu unterscheiden von der Jagdberechtigung Da bei uns weder ein Jagdregal besteht noch die Jagdberechtigung als Zubehör des Grundeigenthums beziehungsweise als Rechtsame der Gemeinden auf ihrem Gebiete angesehen wird, ist (mit Vorbehalt der polizeilichen Landeshoheit) auch die Jagdberechtigung, wenigstens für Schweizerbürger, freigegeben. S. bundesräthl Entscheid v 23. Nov 1853 Was insbesondere die Fischerei betrifft, so bestehen hiefür in unserm Kanton noch einzelne, meist von Lehensverhältnissen herrührende Privatberechtigungen, wie namentlich an den Oberengadiner Seen und am Davoser See. Bemerkt mag werden, daß ursprünglich auch bei uns der „Wilpan" Hoheitsrecht war. (Vgl. Mohr Cod. dipl. III. Nr. 40).

²) Das österr. Ges. § 384 erklärt ein zahmgemachtes Thier erst 42 Tage nach seinem Ausbleiben für herrenlos. Das alte deutsche Recht bestimmte hiefür in der Regel 3 Tage. Es kommt aber hiebei viel auf die Umstände und auf die Thiergattung an.

³) Es ist dieses ziemlich übereinstimmend mit dem altdeutschen Rechte, wonach der Eigenthümer des Bienenschwarms innert 3 Tagen „nachfolgen" sollte. Es wurde aber alsdann derselbe zwischen ihm und dem Eigenthümer des Baumes, auf welchen der Schwarm sich gesetzt hatte, so getheilt, daß diejenigen Bienen, die durch starkes (nach einzelnen Gesetzen dreimaliges) Anschlagen an den Baum herunterfielen, dem Eigenthümer des Schwarmes, diejenigen, welche oben blieben, dagegen dem Eigenthümer des Baumes gehörten. Nach andern deutschen Partikularrechten wurde der Bienenschwarm herrenlos, sobald er dem Eigenthümer „aus den Augen entflogen" (Grimm R. A. S. 597—599).

§ 191.

Verlorene Sachen.

Bewegliche Sachen, die der Gewahrsam ihres Eigenthümers entgangen (wie z. B. sog. Hausthiere) oder entfallen sind, sind darum noch nicht als herrenlos anzusehen.¹)

Der Finder derselben ist daher verpflichtet, sie ihrem Eigenthümer zurückzustellen.²) Kann er ihn nicht ausfindig machen und übersteigt der Werth der gefundenen Sache Fr. 2, ohne aber Fr. 10 zu erreichen, so soll er unter Angabe des Gegenstandes und des Fundortes durch öffentliche Bekanntmachung in der Gemeinde, auf deren Gebiet sie gefunden wurde, von dem Funde Kenntniß geben; übersteigt ihr Werth Fr. 10, nicht aber Fr. 50, so soll diese Bekanntmachung mittelst des Amtsblattes geschehen.³) Meldet sich der Eigenthümer nicht innert acht Wochen, so fällt die Sache dem Finder zum Eigenthum anheim.

¹) Es werden diese Sachen (mit Ausnahme der in § 190 erwähnten Thiere) deßhalb nicht als herrenlos angesehen, weil ihre Wiedererlangung für den Eigenthümer stets noch als möglich gedacht wird.

²) Es handelt sich hier natürlich nur um Sachen, denen man es ansehen kann,

daß sie jemals Privateigenthum waren. Einem unverarbeiteten Krystall z. B., den man im Gebirg findet, läßt sich nicht wohl ansehen, ob er ursprünglich da lag oder etwa von einem Mineralogen verloren wurde.

3) Der Entwurf hatte, einfacher und wohl auch praktischer, nur zwei Kategorieen beantragt: die eine bis auf Fr. 5, ohne Pflicht zur öffentlichen Bekanntmachung, die andere von Fr 5 bis Fr. 50, mit der Pflicht zur Bekanntmachung — gleichviel ob nur in der Gemeinde oder im Amtsblatt.

§ 192.

Bei erheblicheren Werthbeträgen.

Uebersteigt der Werth der gefundenen Sache Fr. 50, so soll der Finder dem Kreisamte des Kreises, in welchem sie gefunden wurde, davon Anzeige machen, welches, nach vorläufiger Anhandnahme der Sache, die gleiche Bekanntmachung, (§ 191) unter Ansetzung einer dreimonatlichen Anmeldungsfrist, erlassen wird. Nach unbenutztem Ablaufe dieser Frist soll das Amt, wenn die Sache nicht sehr erheblichen Belanges ist, dieselbe dem Finder eigenthümlich zusprechen, sonst aber den Fall zu weiterer Verfügung dem Gerichte mittheilen, welchem auch zusteht, die Sache dem Finder nur zur Benutzung zu überlassen, so zwar, daß letzterer durch Erjährung das Eigenthum daran erlangen kann. 1)

Sollte der Gegenstand durch die Aufbewahrung Schaden leiden, so steht dem Richter zu, denselben, und zwar auch schon vor Ablauf der Anmeldungsfrist, zu veräußern, in welchem Falle dessen Erlös die gefundene Sache vertritt.

1) Dem Gerichte steht demnach alsdann auch frei, neue Bekanntmachungen zu erlassen, den Gegenstand bis auf Weiteres in gerichtliche Verwahrung zu nehmen oder ihn, z. B. bei höchst geringer Wahrscheinlichkeit, den Eigenthümer je ausfindig zu machen und bei nicht allzu großem Belang des Fundes, sofort dem Finder zuzusprechen.

Das preuß. L. R. (I. 9 § 45) theilt den Fund, wenn er 100 Thlr. übersteigt zwischen dem Finder und der Armenkasse. Eben dasselbe gestattet unter Umständen dem Eigenthümer eine restitutio in integrum (§ 56). Das österr. Gesetz (§ 392) behandelt den Finder, auch nach Ablauf der Anmeldungsfrist, nur als redlichen Besitzer. Ebenso das Berner Ges § 420 421. Selbstverständlich bleiben übrigens gegenüber dem den Fund Verheimlichenden die strafrechtlichen Bestimmungen über Funddiebstahl, so weit solche überhaupt Anwendung finden, vorbehalten.

§ 193.

Finderlohn.

Der Finder hat, wenn er obige Vorschriften beobachtet, gegenüber dem ausfindig gemachten Eigenthümer Anspruch auf Erstattung seiner für die Sache gehabten Auslagen und auf einen angemessenen, in der Regel auf 10% ihres Werthes festzusetzenden Finderlohn. Läßt er dagegen obige Vorschriften außer Acht, so verliert er den Anspruch auf Finderlohn und ist gegenüber dem Eigenthümer als unredlicher Besitzer (§ 217) zu behandeln.

§ 194.

Verborgene Sachen.

In dem Erdboden, Mauern u. s. w. verborgene Sachen sind, wenn sie augenscheinlich nicht so lange verborgen lagen, daß ihr Eigenthümer nicht mehr entdeckt werden könnte, wie verlorene Sachen zu behandeln. Im entgegengesetzten Falle sind sie als herrenlos anzusehen, so zwar, daß sie, wenn der Finder und der Eigenthümer der Sache, in welcher sie entdeckt wurden, nicht die nämliche Person sind, diesem und jenem zur Hälfte gehören. Ist in letzterem Falle die Sache (der Schatz) in Folge unberechtigten Nachsuchens auf fremdem Eigenthum entdeckt oder der Fund von dem Finder gegenüber dem Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz entdeckt wurde, verheimlicht worden, so fällt der auf den Schuldigen treffende Antheil dem Armengute der Gemeinde zu, auf deren Gebiet der Schatz entdeckt wurde.

Ist Zweifel über die Herrenlosigkeit der Sache vorhanden, so ist darüber ein gerichtlicher Entscheid zu veranlassen, widrigenfalls diejenigen, welche sie sich zugeeignet, gegenüber dem sich meldenden Eigenthümer als unredliche Besitzer anzusehen sind. [1])

[1]) Wenn demnach z. B. A dem B einen alten Sekretär, ein Familienstück, veräußert und B bei dem Zerlegen desselben einen geheimen Behälter mit Geld entdeckt, so ist dieses, obwohl dessen Beschaffenheit auf ein hohes Alter schließen lassen mag, doch nicht als herrenlos (als Schatz) anzusehen, indem anzunehmen ist, es sei das Geld von einem Vorfahren des A in dem Sekretär verborgen worden. Sollte dagegen z. B. der Sekretär mittelst Veräußerung schon durch eine Reihe von Händen gegangen sein, so dürfte der Fund wohl als herrenlos von B in Anspruch genommen werden. — Gesetzt ferner, es finde B in einer alten Mauer Kostbarkeiten, die augenscheinlich neueren Ursprungs sind, oder noch nicht lange hier gelegen sind, so könnten dieselben nicht als Schatz, sondern nur als Fund gelten. Im einen und im andern Falle würde, wenn Zweifel herrschte, der Richter zu entscheiden haben, ob B das Gefundene als Schatz ansprechen dürfe oder ob dasselbe als „verlorene" Sache (nach Anleitung der vorausgehenden §§) zu behandeln sei. Veranlaßt aber B, trotz des vorliegenden Zweifels, keinen gerichtlichen Entscheid, so bleibt er gegenüber dem sich allfällig meldenden Eigenthümer, und zwar nach den Grundsätzen des unredlichen Besitzes (§ 217), haftbar. Verschiedene Gesetzgebungen, z. B. preuß. L. R. I. 9. § 76 u. 79, verlangen die Anzeige jedes entdeckten Schatzes an die Obrigkeit.

§ 195.

Angeschwemmtes Holz.

Mit Vorbehalt der Bestimmungen der Flößordnung [1]) ist von dem Wasser fortgeschwemmtes verarbeitetes oder Flöß-Holz, wenn es aufgefangen oder angeschwemmt wird, wie gefundene Sachen, [2]) unverarbeitetes Holz dagegen als herrenlos anzusehen, so zwar, daß das angeschwemmte Holz dem Eigenthümer des Ufers, welchem es angeschwemmt worden, das aufgefangene aber dem Auffanger als Eigenthum zufällt, letzterem aber nur dann, wenn er beim Auffangen

nicht flußpolizeiliche Verordnungen übertreten oder nicht fremdes Ufereigenthum unberechtigter Weise benutzt [3]) hat. Geschah letzteres, so gehört das aufgefangene Holz dem Eigenthümer des Grundstückes.

[1]) Es sind hier die Vorschriften der §§ 32—34 der Flößordnung gemeint, wonach angeschwemmtes gehauenes Holz, wenn es zur Flößung nicht angemeldet worden war, als herrenlos erklärt wird, anderes angeschwemmtes Flößholz oder verarbeitetes Holz (z. B. von Brücken oder Wuhren) innert 6 Tagen, nachdem es aufgefangen worden, von dem Eigenthümer reklamirt werden kann.

[2]) Das gehauene oder sonst verarbeitetes Holz trägt die Merkmale an sich, daß es schon in Jemandes Besitz übergegangen war, daher es als gefundene, nicht aber als herrenlose Sache anzusehen ist. Denn die Grundsätze des Strandrechtes (mit Bezug auf Flüsse auch Grundruhrrecht genannt), wonach alles an das Ufer geworfene Gut als herrenlos angesehen wurde, sind den Rechtsbegriffen zivilisirter Völker längst gewichen.

[3]) Wenn daher z B das Betreten der Wuhren von der Gemeinde untersagt wäre, so würde das auf denselben von A und B aufgefangene Holz nicht diesen, sondern der Gemeinde als Eigenthum zufallen. Ebenso würde das Holz, wenn es von A und B auf dem Grundstück des C ohne dessen Erlaubniß aufgefangen würde, dem C als Eigenthum zufallen. Dagegen dürfte z. B. das unurbarisirte Flußufer so weit als eine Sache „des öffentlichen Gebrauchs" (§ 224) angesehen werden, daß hier von Jedermann (und zwar gleichviel ob Bürger oder Niedergelassene) Holz aufgefangen werden darf.

§ 196.

Durch anderartige Naturgewalt zugebrachtes Holz.

Wird unverarbeitetes Holz durch Lawinen oder Erdschlipfe auf das Grundstück eines Andern gebracht, so fällt es dem letzteren als Eigenthum zu. Wurde es dagegen durch Windfall auf das Grundstück eines Anderen gebracht, so steht dem Eigenthümer des Holzes frei, dieses gegen Ersetzung des dem Grundeigenthümer durch das Holz verursachten Schadens zu Handen zu nehmen oder aber dem Grundeigenthümer eigenthümlich zu überlassen. [1])

[1]) Wenn der Grundeigenthümer den durch die Lawine oder den Erdschlipf ihm verursachten Schaden zu tragen und namentlich das ihm zugeführte Material wegzuräumen hat, so erheischt es die Billigkeit, daß ihm auch der allfällige Nutzen davon bleibe. Hinsichtlich des Windfalls erheischt aber dieser Grundsatz deßhalb eine Modifikation, weil durch Windesgewalt in der Regel das Holz unvermischt mit anderem Material in Bewegung gebracht wird und daraus unter Umständen dem Eigenthümer des tiefer liegenden Grundstückes ein unverhältnißmäßiger Nutzen auf Kosten des Waldeigenthümers sich ergeben könnte, wenn er ohne Weiteres das Holz behalten dürfte.

C. Durch Erzeugung, Verarbeitung, Verbindung.

§ 197.

Erzeugung.

Die Sachen, die Einer durch geistige oder körperliche Kräfte erzeugt oder für sich erzeugen läßt, werden (mit Vorbehalt der Bestimmungen der §§ 198 und 199) sein ausschließliches Eigenthum.[1])

Ebenso gehört dem Eigenthümer einer Sache was aus dieser als Frucht hervorgeht, wie z. B. die Pflanzen seines Bodens, die Jungen seiner Thiere, vorbehalten die auf Vertrag oder Gesetz beruhenden Ausnahmen.

[1]) Auffallender Weise erwähnen andere Gesetze nicht der Erzeugung als einer Erwerbsart des Eigenthums, und doch ist dieselbe eine Hauptquelle des Eigenthums. Man denke z. B. an die wissenschaftlichen Kunst- und Gewerbs-Erzeugnisse aller Art. Sollten hiebei fremde Stoffe verwendet werden, so kommen die Bestimmungen der §§ 198 u. 199 in Anwendung.

§ 198.

Verarbeitung, Vermischung und Verbindung.
(Spezifikation.)

Wenn Einer fremde Sachen verarbeitet, beziehungsweise umbildet, oder wenn solche mit den seinigen vermischt oder verbunden werden, so verbleiben dieselben zunächst im Eigenthum dessen, dem sie ursprünglich gehörten, und kann derjenige, wider dessen Willen solches geschah, ihre Zurückstellung beziehungsweise Wiederherstellung in den vorigen Stand fordern, vorausgesetzt, daß sie, und zwar ohne unbilligen Nachtheil für den Andern, in ihren ursprünglichen Zustand zurückgeführt, ausgeschieden oder getrennt werden können.[1])

Im entgegengesetzten Falle wird aber die verarbeitete, vermischte oder verbundene Sache, mit Vorbehalt der Bestimmungen des § 199, Beiden gemeinschaftlich.[2])

[1]) Wenn z. B. die Holzblöcker des A mit denjenigen des B vermischt werden, so wird eine Ausscheidung in der Regel wohl möglich sein und daher A dieselbe verlangen können.

[2]) Wenn z. B. A Wein des B mit dem seinigen vermischt, so ist eine Ausscheidung nicht mehr möglich und muß daher der vermischte Wein (mit den nähern Bestimmungen des folgenden §) gemeinschaftliches Eigenthum von A und B werden. Ebenso wird, wenn der Maler A zu seinem Gemälde Leinwand des B verwendet, dasselbe beiden gemeinschaftlich werden müssen, nicht weil die Leinwand sich nicht in ihren ursprüngiichen Zustand nicht zurückführen ließe (denn dieses würde wohl möglich sein), sondern weil solches nicht ohne unverhältnißmäßigen Nachtheil für den Maler, dessen Gemälde ja viel kostbarer als die Leinwand ist, geschehen könnte.

Andere Gesetze enthalten noch besondere Bestimmungen für den Fall der Errichtung eines Gebäudes auf fremdem Grundeigenthum und entscheiden ihn verschieden. Der *Code Nap.* (Art. 555) und preuß. L. R. (I. 9. § 327 ff.) gewähren dem Grundeigenthümer unbedingt das Recht, die Wegräumung des auf seinem Boden er-

richteten Gebäudes zu verlangen oder dasselbe gegen Ersetzung des Werthes zu behalten. Das österr Ges § 418 spricht das Eigenthum am Gebäude dem Grundeigenthümer zu, mit Vorbehalt, denjenigen, der es errichtet, als redlichen oder unredlichen Bauführer zu behandeln. Aehnlich das Zürcher Ges. § 548. Allein obige Bestimmungen sind auch für diesen Fall vollkommen ausreichend. Danach hat nämlich der Grundeigenthümer im Allgemeinen allerdings das Recht, Wegräumung der wider seinen Willen mit seinem Boden „verbundenen“ Gebäulichkeiten zu verlangen, es wäre denn, daß dadurch dem Eigenthümer des Gebäudes ein unverhältnißmäßiger und „unbilliger Nachtheil“ erwüchse, was gewiß der Fall wäre, wenn z. B. der Werth des überbauten Bodens außer Verhältniß geringer als derjenige des Gebäudes wäre, zumal wenn der Eigenthümer des letzteren in guten Treuen gehandelt hätte. In solchem Falle entstünde gemeinschaftliches Eigenthum nach Verhältniß des Werthes des ersteren und des letzteren und richtete sich das Weitere nach den Bestimmungen des § 199.

Bei Beurtheilung, ob durch die Ausscheidung oder Trennung für den Spezifikanten „unbilliger Nachtheil“ entstünde, wird besonders auch in Betracht kommen, ob derselbe in guten Treuen oder arglistig handelte. In ersterem Falle wird ein solcher „unbilliger Nachtheil“ natürlich weit eher anzunehmen sein, als in letzterem. Erfolgte die Spezifikation durch Zufall (und ein solcher ist anzunehmen, wenn der Spezifikant weder Arglist noch Fahrlässigkeit sich zu Schulden kommen ließ), so stehen sich beide an Rechten und Pflichten gleich (Vgl. § 199).

§ 199.

Weitere Rechtsfolgen derselben.

1. Fand die Vermischung, Verbindung oder Verarbeitung durch einen Dritten oder durch Zufall statt, so hat der Eigenthümer des werthvolleren Antheils das Recht, das Ganze gegen volle Entschädigung des Andern zu seinem Eigenthum zu behalten. Macht er hievon keinen Gebrauch, so bleibt das Ganze beiden gemeinschaftlich, und zwar bestimmt sich die Antheilsquote jedes Miteigenthümers nach Verhältniß des Werthes seiner mit derjenigen des andern vermischten oder verbundenen Sache.
2. Geschah sie durch Verschuldung des einen Theils, so steht dem unschuldigen Theile frei, entweder das Ganze zu behalten und im Falle eines Mehrwerthes den Schuldigen wie einen unredlichen Besitzer (§ 217) zu enschädigen, im Falle eines Minderwerthes aber ihn zur vollen Entschädigung (§ 338) anzuhalten oder aber das Ganze dem Andern gegen volle Entschädigung zu überlassen. [1])

[1]) Hier kommt, wenn die Spezifikation von dem einen Theile (durch Fahrlässigkeit oder gar durch unredliche Absicht) verschuldet wurde, für denselben nicht mehr in Betracht, ob sein Antheil der werthvollere ist oder nicht: die Wahl kommt alsdann unter allen Umständen dem Unschuldigen zu.

§ 200.

Anspülung (Anschwemmung, Alluvion).

Das Eigenthum an Boden, der von dem Wasser verwüstet wurde, geht, wenn er von diesem wieder verlassen wird, nicht verloren. Außerdem wächst aber die durch Anspülen oder Zurücktreten

eines Gewässers erfolgte Erweiterung des Ufers, mit Vorbehalt der Bestimmungen des § 201, dem anstoßenden Grundeigenthum zu. [1])

[1]) Es wird freilich vorausgesetzt, daß das zurücktretende oder ablaufende Gewässer (z B ein Teich) nicht schon Privateigenthum sei, widrigenfalls im Zweifel anzunehmen sein wird, daß der von Wasser freigewordene Grund dem Eigenthümer des zurückgetretenen oder abgelaufenen Gewässers gehöre

Anmerk. Ueber das Anspülen (Anschutt) so wie über das Wegspülen (Abtrieb) enthielt das deutsche Recht verschiedene Grundsätze, wobei namentlich auch zwischen wurzhaftem „Wasen" und lockerem „Gries" so unterschieden wurde, daß ersterer, so lange er noch nicht an ein anderes Grundstück angespült war, Demjenigen verblieb, von dessen Grund er abgerissen worden (indem der Eigenthümer ihm alsdann noch „folgen" möge); der Griesanschutt aber Demjenigen, an dessen Boden er sich ansetze, gehöre (Grimm R. A. S. 548).

§ 201.

Korrektionsboden.

Unter allen Umständen bleibt den Gemeinden beziehungsweise dem Staate vorbehalten, Uferversicherungen und Korrektionen in flußpolizeilichem Interesse auszuführen.

Wird durch solche Korrektionen Boden gewonnen, so fällt derselbe dem die Korrektion ausführenden Gemeinwesen als Eigenthum zu. [1])

[1]) Das Flußbett ist ohnehin als Gemeideeigenthum (wenn auch meist als Sache „zu öffentlichem Gebrauch") zu betrachten, so daß die anstoßenden Grundeigenthümer gegen die Korrektion schon deßhalb meist nichts einwenden könnten. Sie sollen aber nach obigem Grundsatz auch dann nichts dagegen einwenden können, wenn durch die Korrektion ein verwüsteter Theil ihres Grundstücks okkupirt würde. Wenn aber urbarisirter Boden dafür in Anspruch zu nehmen wäre, so wären die Grundsätze der Expropriation in Anwendung zu bringen. Doch liegt es nicht in der Absicht obiger Bestimmung, daß die Gemeinden auf Kosten der Privaten spekuliren sollen, daher sie selbstverständlich nur für den Fall gilt, daß die Korrektion oder der Uferschutz nicht schon von den Anstößern in genügender Weise ausgeführt wird und daher die Gemeinde im öffentlichen Interesse sie selbst an Hand zu nehmen genöthigt ist. In solchem Fall ist man berechtigt, die verwüsteten Grundstücke als von den ursprünglichen Eigenthümern preisgegeben anzusehen.

Anmerk. Die Frage, ob und Wem eine Wuhrpflicht obliege, bleibt hier um so mehr unberührt, als sie mehr oder weniger auch in das öffentliche Recht übergreift, im Grundsatz auch wohl nicht anders zu beantworten wäre als damit: daß sie von denjenigen, welche von der Uferversicherung Nutzen ziehen, nach Maßgabe dieses Nutzens zu tragen ist. Daraus würde folgen, daß sie, wie in den Niederungen die Deichpflicht, zunächst von den durch die Wuhrung geschützten Grundeigenthümern, und zwar von diesen nach verschiedenen Abstufungen, zu tragen wäre. Indeß sind auch die Ufergemeinden als solche so sehr an dem Uferschutz interessirt, daß derselbe, so weit er sich wenigstens auf öffentliche Gewässer bezieht, bei uns allgemein zu einer Gemeindeangelegenheit geworden ist, an welcher sich nicht nur die zunächst geschützten Grundeigenthümer, sondern die sämmtliche Bürgerschaft, wohl auch die sämmtliche Einwohnerschaft zu betheiligen hat. Es läßt sich hiegegen nichts einwenden, vorausgesetzt jedoch, daß immerhin die Wuhrlast, wo möglich, vorzugsweise auf das geschützte Grundeigenthum gelegt werde.

D. Durch Ersitzung (Erjährung).

§ 202.

Erfordernisse.

Damit Einer durch Ersitzung das Eigenthum einer Sache erwerben könne, d. h. in seinem Besitze als Eigenthümer selbst dann geschützt werde, wenn er ihn nicht von dem wahren Eigenthümer überkommen haben sollte, [1]) müssen folgende Erfordernisse zusammentreffen:

1. **Wahrer Eigenthumsbesitz** d. h. daß der Besitzer die Sache als die seinige behandle. Wer eine Sache in fremdem Namen besitzt, wie Pächter, Miether, Aufbewahrer u. s. w. kann nicht durch Erjährung Eigenthum daran erwerben. [2])
2. **Guter Glaube** d. h. daß der Besitzer während der ganzen Dauer seines Besitzes sich für den wahren Eigenthümer hielt, was im Zweifel vermuthet wird. [3])
3. Rechtmäßiger **Erwerbstitel** d. h. daß die Eigenthumsübertragung an den Besitzer durch Vertrag (Kauf, Tausch, Schenkung) oder Erbschaft oder obrigkeitliche Zuweisung (gerichtliches Urtheil, gantgerichtliche Auspfändung, polizeiliche Exekution oder Konkursausrichtung erfolgt sei. [4])
4. **Ununterbrochene Fortdauer** des (wenn auch durch Stellvertreter ausgeübten) Besitzes während der erforderlichen Zeitdauer. [5])
5. **Ablauf** der gesetzlich bestimmten **Ersitzungszeit** (§ 203 und § 204).

[1]) Gesetzt also, B habe von A eine Sache gestohlen und sie sodann dem C verkauft, so hat C, da er sie nicht von dem Eigenthümer erhielt, zunächst auch kein Eigenthum daran erworben, und muß sie daher dem A, wenn dieser sie von ihm zurückfordert, zurückstellen. Immerhin kann C durch die blose **Dauer des Besitzes** wahres Eigenthum an der Sache erwerben (sie ersitzen), und dadurch gegen die Eigenthumsklage des A geschützt werden, vorausgesetzt, daß die Ersitzungsbedingungen überhaupt zutreffen; — m. a. W. wer die Bedingungen der Ersitzung als erfüllt darthun kann, wird fortan in seinem Besitze als **Eigenthümer** geschützt.

[2]) Wer die Erjährung in Anspruch nimmt, muß beweisen, daß er während der Ersitzungszeit die zu ersitzende Sache als **Eigenthümer** behandelt d. h. an ihr Handlungen ausgeübt habe, die nur einem Eigenthümer zuzustehen pflegen. Denn wir wissen aus § 181, daß an einer Sache **verschiedenartige** Besitzesrechte ausgeübt werden können. Wer also die Sache als Miether besaß, kann sie nicht zu Eigenthum erjähren (Nemo sibi causam possessionis mutare potest). (Die St. v. **Poschiavo** bestimmten ausdrücklich, daß ein Erbpächter oder Pächter das Eigenthum an dem Pachtgute niemals erjähren könne.)

[3]) Wenn demnach der ersitzungslustige A während der Ersitzungszeit nachweisbar einmal den B als wahren Eigenthümer erkannte, so kann er nicht erjähren, weil er sich fortan nicht mehr in guten Treuen für den Eigenthümer halten kann.

[4]) Vgl. § 186 Ziff. 1. Ein Dieb kann demnach die gestohlene Sache nicht erjähren, weil er keinen rechtmäßigen Erwerbstitel aufweisen kann (rei furtivae nulla currit praescriptio). Eben so wenig kann Derjenige, der eines einem Andern gehörigen Waldstückes sich ohne Rechtstitel bemächtigt, dasselbe erjähren; wohl aber könnte es z. B. sein Erbe, dem der Wald erbweise zufiel, ersitzen.

[5]) Ueber Unterbrechung des Erjährungsbesitzes s. §§ 206 und 207.

Anmerk. Der ungestörte (Erjährungs-) Besitz hieß im deutschen Volksrechte wohl auch „stille Gewer". So wird in dem Schiedsspruch in Anständen zwischen Joh. v. Vaz und dem Bisthum Chur vom 19. März 1299 ersterem auferlegt, „daz er bezüge waz recht ist, daz er oder sin vatter an in, dieselben burg (Winegg) von dem gotzhus von Kur in stiller lehens gewer so lange dar hat bracht, als man ein lehen dur recht in stiller gewer besitzen sol und dar bringen, das er nütze sie für alle ansprache, und behobt er denne mit sie einiges hant, daz es sie recht lehen si, und daß er ez unruoplich (ohne beunruhigt zu werden) in lehens gewer dar bracht habe."

Die Oberbunds St sagen: „Welcher ein gut oder etwas anderes liegendes durch einen redlichen Kauff oder sonsten unter einem redlichen Titul 12 J. lang ruhig besitzet, solle danethin darbey geschützet und geschirmet werden." Das Landb. der Fünf Dörfer nennt die Erjährung „Landtgewehr" und fordert hiezu, daß Einer „ein Gutt oder ander Ding zwölff Jahr lang ohnansprechig innegehabt." Chur: „Item welcher ein gut mit guten treüwen und glauben 12 J. für eigen besitzt ohne intrag, der soll danethin darbey in gwalt bewährt bleiben, vorbehalten Kirchengut, Algemeind, ausländische witwen und weysen, die von der sachen niemahls gewüßt haben den sind ihre Rechte vorbehalten." Fürstenau (sub Titel: Gewehr und Mantenida): „wer ein Guot mit vuollen treüwen und glauben besitzt für eigen 12 J. oder mehr ohn Intrag, danethin darbey in gwalt und gwehr bleiben, vorbehalten Kirchengut und Allmend und den außländischen, auch witwen und weißen, die von der Sach nichts gewüßt hatten" Ebenso Averser St. Oberhalbstein: „ferner hat man statuirt und geordnet das wan Jemand ein gut 18 J. successive hindurch bona fide für sein eygen genossen und possidiert hat ohne einzige opposition oder widerred deß hiervon wissenden rechtmaßigen Hern desselbigen Guts, so soll er künftighin daselbige gut pleno iure genießen und possidieren könnnen." Untertasna hatte 10jährige Ersitzung; ausgenommen waren Erbschaften mit Bezug auf Abwesende. Obtasna hatte für Liegenschaften eine Ersitzungszeit von 5 Jahren, während welcher sie „per liber, egen, non impachiat" besessen sein mußten. Oberengadin hatte 10jährige Ersitzung zu Gunsten Desjenigen, „chi ho hagieu u possedieu pacificamaing et sainza ierr ne stôsch qualche praevi bain, chiasamaints et dretts da quels, sco eir Mobels per Ans 10 l'ün zieva l'ôter," vorbehalten Marken, an Landesabwesende fallende Erbschaften und „viedis da bains chi vegnan dos afitt." Poschiavo folgte in der Ersitzung den röm. Grundsätzen, indem es eine 10- bez (zwischen Abwesenden) 20jährige ordentliche und eine 30jährige außerordentliche Ersitzung, jedoch nur für Liegenschaften, annahm.

§ 203.

Ersitzungszeit.

Zur Ersitzung des Eigenthums an Liegenschaften ist eine Besitzesdauer von 20 Jahren,[1]) zur Ersitzung des Eigenthums an beweglichen Sachen eine solche von 12 Jahren erforderlich.[2])

[1]) Das Zürcher Ges. läßt nur die Ersitzung an beweglichen Gegenständen zu, indem zufolge desselben kein Eigenthum an Liegenschaften anders als durch Eintragung ins Grundbuch erworben werden kann. Ebenso das Soloth. Ges. § 755. Da aber nach unserm Gesetze diese Protokollirung nur bei vertragsmäßigen Eigenthumsübertragungen vorgeschrieben ist, wird dadurch der Eigenthumserwerb mittelst Ersitzung so wenig ausgeschlossen als derjenige mittelst Erbfolge. Daher

kann derjenige, der mittelst eines nicht protokollirten Vertrages ein Grundstück erwarb, trotz der unterlassenen Eintragung mittelst Ersitzung das volle Eigenthum an demselben erlangen.

[2]) Die Ersitzungszeit für Liegendes und Fahrendes entspricht unserm früheren Verjährungsgesetz.

§ 204.

Außerordentliche Ersitzung.

Wenn von dem Besitzer einer Sache eine zu Uebertragung des Eigenthumsrechtes dienliche Erwerbsart nicht mehr nachgewiesen werden kann, [1]) im Uebrigen aber sein Besitz den Anforderungen des § 202 entspricht, so kann dennoch die außerordentliche Ersitzung für Liegenschaften mit dem Ablaufe von 40 [2]) Jahren, für bewegliche Sachen mit dem Ablaufe von 20 Jahren stattfinden.

[1]) Der Beweis des Erwerbstitels ist oft selbst für den redlichen Besitzer geradezu unmöglich. Dessenungeachtet soll derselbe aber, nach Ablauf der außerordentlichen Erjährungszeit in seinem Besitzstand geschützt werden, m. a. W. die Ersitzung tritt alsdann, trotz des unerwiesenen Erwerbstitels, auch ein: nur ist hiezu eine längere Zeit erforderlich.

[2]) Der ursprüngliche Entwurf hatte nach Vorgang des röm. Rechts für diese außerordentliche Erjährung 30 Jahre vorgeschlagen.

Anmerk. Unser altes Statutarrecht (außer dem Poschiaver) kannte diese, dem röm. Recht eigene Ersitzung nicht. Es scheint aber dieselbe, wenigstens in der vorstatutarischen Zeit doch im Gebrauch gewesen zu sein. S. z. B. den von Bischof Heinrich IV. von Chur in einem zwischen dem Kloster von St. Lucius und Wilhelm von Ragaz um Güter in Untervaz waltenden Rechtsstreite gefällten Schiedsspruch vom 28. April 1270 „qui testes .... sacramento corporaliter praestito coram nobis et iudicibus dixerunt, dicta bona ad monasterium St. Lucii pertinere et *eum (id) in possessione fuisse triginta annis* et ultra *bonorum superius praedictorum*, prudentum virorum habito consilio, definitive pronunciamus etc. Ebenso spricht Abt Conr. von Pfäffers dem Kloster St. Luci Güter in Untervaz den 31. Mai 1276 deßhalb zu, weil dieses „30 Annis et ultra pacifice possiderit.“

§ 205.

Beginn der Ersitzungszeit.

Die Ersitzungszeit beginnt mit dem Tage der Besitzergreifung. Die Besitzergreifung von Liegenschaften geschieht durch solche Handlungen, welche die Ausübung eines Eigenthumsrechtes zu beurkunden pflegen, als: durch Anhandnahme der Schlüssel, Erstellung von Grenzsteinen, Benutzung und Bearbeitung, Verpachten und Vermiethen, Vornahme von Veränderungen u. s. w.

§ 206.

Unterbrechung.

Die Ersitzungszeit wird unterbrochen und muß von Neuem begonnen werden:

1. wenn der Besitz verloren geht (§ 207);

2. wenn der angeblich besser Berechtigte gegen den Besitzer eine Klage gerichtlich anhängig macht, vorausgesetzt, daß er diese nicht nachträglich, ausdrücklich oder thatsächlich, wieder fallen lasse. [1])

Als eine Unterbrechung gilt es aber nicht, wenn die Sache in den zur Erjährung ebenfalls tauglichen Besitz eines Rechtsnachfolgers übergeht, vielmehr ist alsdann dieser berechtigt, die Besitzesdauer des Vorgängers zu der seinigen hinzuzurechnen. [2])

[1]) Wenn also z. B. A gegen B zwar eine Klage bei Vermittleramt anhängig macht, aber keinen Leitschein nimmt oder diesen nicht innert den von der 3 P. O. vorgeschriebenen 3 Wochen dem Gericht übergibt, so wird dadurch dem B seine Erjährung nicht unterbrochen. Noch viel weniger würde sie dadurch unterbrochen, daß A an B eine Privataufforderung zu Erstattung der Sache erließe, obwohl letzteres nach unserm alten Statutarrechte offenbar genügte.

[2]) Wenn z. B. B die in seinem zur Ersitzung tauglichen Besitz befindliche Liegenschaft nach 5 Jahren an C abtritt, so braucht sie dieser, um sie zu ersitzen, blos noch 15 Jahre zu besitzen.

§ 207.

Verlust des Besitzes.

Der Erjährungsbesitz geht verloren:

1. Durch freiwilliges Aufgeben desselben.
   Aus der blosen zeitweisen Nichtausübung von Besitzeshandlungen ist aber der Verzicht auf den einmal ergriffenen Besitz nicht unbedingt zu folgern. [1])
2. Durch die Unmöglichkeit seiner Ausübung; namentlich wenn die Sache untergeht, oder der Gewalt des bisherigen Besitzers sich ohne begründete Hoffnung [2]) auf deren Wiedererlangung entzieht (z. B. entronnene ungezähmte Thiere, hoffnungslos verlorene Sachen), oder von einem Andern willkürlich entzogen oder vorenthalten oder das entgegenstehende Recht faktisch ausgeübt wird, ohne daß der bisherige Besitzer innert 3 Monaten, [3]), nachdem ihm solches bekannt geworden, um die richterliche Wiederherstellung seines Besitzstandes einkommt (§ 184) und solche sodann [4]) auch wirklich erlangt.

[1]) Es kann die zeitweilige Nichtausübung von Besitzeshandlungen auch nur eine Folge von Nachlässigkeit oder (z. B. mit Rücksicht auf die Unterhaltung von Gebäulichkeit) von Mittellosigkeit oder von periodischer Abwesenheit u. s. w. des Ersitzenden sein. Es kommt somit wesentlich auf die der Nichtausübung zu Grunde liegende Absicht (den animus) an und muß dem Richter überlassen bleiben, nach Beschaffenheit des Falles ein Aufgeben des Besitzes und somit eine Unterbrechung der Ersitzung anzunehmen oder nicht. Das österr. Ges. § 351 sagt sogar: „Durch den blosen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz, außer den im Gesetz bestimmten Verjährungsfällen, nicht verloren.“

[2]) Es ist also die Hoffnung auf deren Wiedererlangung nicht in die Willkür des Verlierenden gesetzt, sondern muß aus den Umständen als eine begründete hervorgehen. Wenn also Jemandem ein Lämmergeier aus dem Käfig entweicht oder Jemand einen Ring in das Meer fallen läßt, so ist jener und dieser als hoffnungslos

verloren und demnach der Ersitzungsbesitz an demselben als erloschen anzusehen, so daß, wenn der Verlierende durch einen glücklichen Zufall dennoch wieder in den Besitz desselben gelangen sollte, er daran den Ersitzungsbesitz wieder beginnen muß.

3) Eine ungesetzliche Besitzergreifung bez. Besitzesstörung darf an und für sich keine Unterbrechung des Ersitzungsbesitzes bewirken, da sie ein illegaler Akt ist. Erst wenn der frühere Besitzer die drei Monate, innert welchen er (zufolge § 184) gegen jene Besitzesstörung richterliche Hülfe anrufen kann, unbenutzt verstreichen läßt und dadurch thatsächlich den neuen Besitzstand gelten läßt, wird letzterer einer rechtlichen Wirkung insofern fähig als dadurch der Ersitzungsbesitz des früheren Besitzers unterbrochen wird, derart, daß wenn dieser die ihm vorenthaltene Sache später (etwa auf dem ordentlichen Rechtsweg) wieder erlangen sollte, er an derselben den Ersitzungsbesitz von Neuem beginnen muß.

4) Wenn er den Besitz auf summarischem Wege (mittelst Amtsbefehls) nicht erlangt, so ist zu vermuthen, daß keine eigentliche Besitzesstörung stattgefunden habe, eine solche jedenfalls nicht erwiesen sei, daher nichts hindert, daß der neue Besitzstand seine rechtliche Wirkung durch Unterbrechung des früheren Ersitzungsbesitzes ausübe. Uebrigens ist es, um die Unterbrechung des Ersitzungsbesitzes zu hindern, nicht erforderlich, daß die Wiederherstellung in den gestörten Besitzstand auch innert 3 Monaten erfolge.

Zweites Kapitel.

Miteigenthum, Gesammteigenthum, Korporationseigenthum.

§ 208.

Miteigenthum.

Wenn mehreren (physischen oder juristischen) Personen, die mit einander keine juristische Person bilden, das Eigenthum an einer und derselben Sache, und zwar zu gewissen Theilrechten (ideellen Theilen) zusteht, so übt jede derselben ein Miteigenthum aus. 1) Sind die Theilrechte nicht genauer bestimmt, so wird angenommen, es stehe jedem Miteigenthümer ein gleich großes Theilrecht zu. 2)

1) Das Miteigenthum unterscheidet sich von dem einer Person an einer Sache ausschließlich zustehenden Eigenthum dadurch, daß die nämliche Sache gleichzeitig im Eigenthum Mehrerer sich befindet. Wenn daher z. B. drei Geschwister mit einander ein Haus erben, so sind sie Miteigenthümer desselben, und zwar im Zweifel jedes zu $1/3$. Dieser Drittelsantheil ist alsdann das Theilrecht oder der ideelle Theil eines Jeden. Ist aber das Haus zwischen den Geschwistern real getheilt, so besteht an demselben kein wahres Miteigenthum mehr, wohl aber dauert

dasselbe fort an den etwa ungetheilt gebliebenen Hausbestandtheilen, wie. z. B. an dem gemeinschaftlichen Dach und Fundament u. s. w. Eben so wenig besteht ein wahres Miteigenthum, wenn z. B. das Haus und der Boden, auf dem es steht, verschiedenen Eigenthümern gehört (es ist dies die sog superficies der Römer), indem auch hier das Eigenthum eines jeden der beiden Eigenthümer sachlich von demjenigen des andern unterschieden ist, obwohl freilich die beiden Eigenthumsobjekte (Haus und Boden) mechanisch mit einander verbunden sind. Häufig kommt bei uns diese sog. superficies bei Bäumen vor, in der Art, daß der Baum und der Boden, in dem er wurzelt, je einem andern Eigenthümer zukommt. In solchem Falle darf jeder Eigenthümer, soweit es ohne Benachtheiligung des andern möglich ist, über sein Eigenthum selbständig verfügen.

²) Es gilt dieser Grundsatz nur als Rechtsvermuthung in Fällen, in welchen die Theilrechte nicht genauer bestimmt oder aus den Umständen bestimmbar sind. Ein sehr häufiger Fall des Miteigenthums ist bei uns derjenige, in welchem zwei oder mehr Gemeinden mit einander gemeinschaftlich Waldungen besitzen. Gewöhnlich sind ihre Theilrechte nicht genau bestimmt, aber aus den Umständen, z. B. nach der Bevölkerung, den Gebäulichkeiten u. s. w. der einen und der andern, bestimmbar. Hier gibt das ursprüngliche Bedürfniß den Maßstab ab, und zwar so, daß das Bedürfniß der einen und andern Gemeinde als relativ gleichberechtigt angesehen wird. Die Gleichheit der Theilrechte ist in solchem Fall keine absolute, sondern eine relative.

§ 209.

Rechte der Miteigenthümer.

Jeder Miteigenthümer ist berechtigt, über sein Theilrecht frei zu verfügen, namentlich auch, es zu veräußern und zu verpfänden, so wie die Sache so weit zu benutzen, als das Recht seiner Miteigenthümer nicht beeinträchtigt wird, beziehungsweise den entsprechenden Antheil an den Früchten der im Miteigenthum stehenden Sache und an deren Erlös, wenn sie veräußert wird, zu beziehen. [1])

[1]) Der Miteigenthümer kann über seinen ideellen Theil wie der gewöhnliche Eigenthümer über die ihm ausschließlich gehörende Sache verfügen — aber wohlverstanden nur über seinen ideellen Antheil, nicht aber über irgend einen, wenn auch noch so geringen, physischen Theil derselben. Es kann daher z. B der Miteigenthümer einer Wiese keinen Theil derselben ohne Bewilligung der Miteigenthümer für sich mähen und keinen Theil derselben in einen Acker umwandeln. Ebenso wenn der Miteigenthümer seinen ideellen Antheil verpfändet, so kann der Gläubiger auf keinen physischen Theil der im Miteigenthum stehenden Sache greifen, sondern sich nur den ideellen Antheil des Schuldners zuschlagen lassen.

§ 210.

Pflichten des Miteigenthümers.

Jeder Miteigenthümer ist verpflichtet, die auf der Sache haftenden Lasten und die zu deren Erhaltung nothwendigen Auslagen nach Verhältniß seines Antheils zu tragen. Wenn er dieses nicht thut, so ist er für den daraus den Miteigenthümern erwachsenden Schaden verantwortlich und haben diese sowohl sammethaft als einzeln das Recht, nach fruchtlosem Ablauf einer, jenem für Erfüllung seiner Pflichten vom Gerichte anberaumten Frist, auf dessen Kosten die nöthigen Auslagen zu machen und, falls er diese nicht ersetzen will

oder kann, die Abtretung des demselben an dem Miteigenthum zustehenden Antheils gegen Ersetzung seines Werthes zu verlangen. [1])

[1]) Das an und für sich unbeschränkte Verfügungsrecht des Miteigenthümers über seinen ideellen Antheil ist thatsächlich beschränkt durch die Verbindung, in welchem sein Eigenthumsrecht mit demjenigen seiner Miteigenthümer vermöge der Identität der Sache sich befindet. Während daher der gewöhnliche Eigenthümer die in seinem ausschließlichen Eigenthum stehende Sache nach Willkür verwahrlosen und preisgeben kann, ist dies dem Miteigenthümer hinsichtlich seines ideellen Antheils nicht möglich, ohne gleichzeitig seine Miteigenthümer zu schädigen, indem ja jeder einzelne Bestandtheil der gemeinschaftlichen Sache auch seinen Miteigenthümern gehört. Eine solche Schädigung der Miteigenthümer ergäbe sich auch daraus, daß einer derselben in die für den Unterhalt der gemeinschaftlichen Sache erforderlichen Kosten nicht mit eintreten wollte, daher ihm die Mitübernahme der Unterhaltungskosten mit Recht zur Pflicht gemacht wird. Dagegen kann kein Miteigenthümer angehalten werden, Auslagen mitzubestreiten, welche nicht die Unterhaltung, sondern blose Verschönerungen oder Verbesserungen bezwecken, weil hinwieder er dadurch in der Freiheit seines Eigenthumsrechtes ungebürlich beschränkt würde.

§ 211.

Verwaltung.

Wenn über die ordentliche Verwaltung und Benutzung der Sache keine besonderen Einverständnisse zwischen den Miteigenthümern bestehen, so müssen zu den diesfälligen Berathungen sämmtliche Miteigenthümer eingeladen werden und ist zu gültigen Beschlüssen darüber die Zustimmung des oder der, die Mehrheit der Antheile vertretenden Miteigenthümer erforderlich. [1])

Dagegen können nicht die ordentliche Verwaltung beschlagende Verfügungen (z. B. solche, welche wesentliche Aenderungen oder Neuerungen bezwecken) nur durch die Zustimmung sämmtlicher Betheiligten gültig getroffen werden. [2])

[1]) Wenn demnach von zwei Miteigenthümern der eine einen größeren ideellen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache hat als der andere so wird allerdings der erstere in Verwaltungsfragen einen überwiegenden Einfluß haben. Es versteht sich jedoch von selbst, daß der letztere sich einen Mißbrauch jener bevorzugten Stellung des ersteren nicht braucht gefallen zu lassen.

Im Falle die Stimmen zwischen den Miteigenthümern einstehen und sich dieselben nicht verständigen können, wird das zuständige Gericht den Entscheid geben müssen.

[2]) Der einzelne Miteigenthümer muß sich wohl, um das Miteigenthumsverhältniß überhaupt möglich zu machen, in Angelegenheiten, welche die blose Verwaltung, namentlich die eigentliche Unterhaltung und die ordentliche Benutzung der gemeinschaftlichen Sache beschlagen, der Mehrheit fügen; allein so weit muß immerhin sein freies Verfügungsrecht gewahrt bleiben, daß ihm Neuerungen an der gemeinschaftlichen Sache nicht sollen wider seinen Willen aufgedrungen werden können.

§ 212.

Theilungsklage.

Jeder Miteigenthümer kann Theilung der im Miteigenthum stehenden Sache in dem Sinne verlangen, daß ihm aus derselben ein

seinem Theilrechte entsprechender Antheil zum ausschließlichen Eigenthum zugeschieden werde, [1]) es wäre denn, daß besondere Verträge der Theilung entgegenstünden oder die Sache, ohne in ihrem Wesen zerstört zu werden [2]) oder eine erhebliche Werthverminderung zu erleiden, [3]) nicht getheilt werden könnte.

Steht die Beschaffenheit der Sache einer Theilung entgegen, so soll der Richter, wenn auf Aufhebung des Miteigenthums geklagt wird, die Sache, sei es durch Zuschlag an den meistbietenden Betheiligten, sei es durch öffentliche Versteigerung, zur Veräußerung bringen.

[1]) Es ist dies die röm. Actio communi dividundo.

Das Recht, Aufhebung des Miteigenthumsverbandes durch Theilung der gemeinschaftlichen Sache zu verlangen, ist, grundsätzlich angesehen, ein selbstverständlicher und nothwendiger Ausfluß des Miteigenthumsrechtes, indem der Miteigenthümer an sich keine Verpflichtung hat, in dem Miteigenthumsverbande zu verbleiben. In der Regel wird sogar die Aufhebung des Miteigenthums im wohlverstandenen Interesse der Miteigenthümer liegen, indem sie dadurch das Recht erhalten, nicht nur über einen ideellen, sondern über einen realen Theil der gemeinschaftlichen Sache frei zu verfügen. Dieses Theilungsrecht ist aber hinwieder beschränkt: a) durch entgegenstehende Verträge, wodurch die Miteigenthümer auf das Theilungsrecht verzichteten und b) durch den eben so selbstverständlichen Grundsatz, daß durch eine solche Theilung die Miteigenthümer nicht erheblich sollen geschädigt werden.

[2]) Die Theilung einer Uhr oder einer Kugel z. B. ist ohne Zerstörung ihres Wesens nicht gedenkbar.

[3]) Ob in einem gegebenen Fall eine solche der Theilung entgegenstehende erhebliche Werthverminderung vorliege oder nicht, ist Sache des Richters zu beurtheilen, ist aber oft schwierig zu entscheiden. Im Zweifel wird zu Gunsten der Theilung zu entscheiden sein.

Anmerk. Das Landb. der V Dörfer enthielt mit Bezug auf gemeinschaftliche „Gemächer" (Häuser und Ställe) die Bestimmung, daß, wenn der Eine 2/3, der Andere 1/3 daran hatte, letzterer dem ersteren seinen Antheil verkaufen und dieser ihn ihm auch abkaufen mußte. Der Eigenthümer von 1/3 hatte aber auch mit Rücksicht auf die 2/3 des Andern das Vorkaufsrecht. In allen Fällen mußte der Preis durch „unpartheyisch Leuth" geschätzt werden.

§ 213.

Gesammteigenthum. [1])

Wenn die Glieder von Genossenschaften an dem Genossenschaftsgute Theilrechte besitzen [2]) (§ 87), so steht ihnen (den Genossen) im Zweifelsfalle [3]) das Recht zu, über dieselben zu verfügen, aber nicht Theilung der Sache zu verlangen, wogegen die Genossenschaft als solche in dem Falle berechtigt ist, mit Beachtung der Bestimmungen des § 89, nicht nur über die ordentliche Verwaltung und Benutzung zu verfügen, sondern auch Veränderungen am Genossenschaftsgute und selbst dessen Veräußerung zu beschließen.

[1]) Diese (gewöhnlich mehr für das Korporationseigenthum gebrauchte) Bezeichnung wurde von der zweiten Kommission für das Genossenschaftseigenthum angenommen.

[2]) Das Gesammteigenthum, als Uebergangsstufe von dem Miteigenthum zu dem

Korporationseigenthum, ist, wie dessen Trägerin, die Genossenschaft, dem deutschen Rechte eigen und war dem römischen Rechte unbekannt. In der Genossenschaft haben sich die Miteigenthümer schon so weit zu einer Einheit verschmolzen, daß das Eigenthum am Genossenschaftsgut nicht mehr ihnen als physischen Personen, sondern der Gesammtheit, als einer juristischen Person, zukommt (daher nicht auf Theilung geklagt werden kann), dagegen haben sie von dem Miteigenthumsverhältniß das persönliche Nutzungsrecht behalten. — Die zahlreichste Gattung von Genossenschaften bilden bei uns die Alpgenossenschaften; die Theilrechte der Alpgenossen stellen sich in den sog. „Kuhweiden" oder Stößen dar. Auch die Aktiengesellschaften gehören in der Regel zu den Genossenschaften (s. § 449).

Das Zürcher Ges. (§ 567 bis 572) spricht auffallender Weise nur von Genossenschaften für Grundeigenthum.

³) Es kommt hiebei Alles auf den besonderen Charakter der Genossenschaft d. h. darauf an, ob und in welchem Maße die Sonderrechte der Genossen oder das Gesammtrecht der Genossenschaft, als juristischer Person, vorwiegt, m. a W ob sie sich mehr dem Miteigenthum oder der Korporation zuneigt. Eben so gibt es manche Verhältnisse, die einen Uebergang von der Genossenschaft zur Korporation bilden. An solchen Schattirungen der ersteren und letzteren Art fehlt es namentlich nicht in unserm Lande auf dem Gebiete des Weide- und Waldeigenthums. Es ist daher Aufgabe des Richters, die Natur jedes derartigen Verhältnisses zu ermitteln und dieses nach jener zu beurtheilen.

§ 214.

Korporationseigenthum.

Das Eigenthum, das eine Korporation (§ 87) an einer Sache ausübt, ist, abgesehen von der Natur der juristischen Person, wie das einfache Eigenthum einer physischen Person zu behandeln. ¹)

Aller nicht in dem Eigenthum von Einzelnen, Genossenschaften oder Stiftungen befindliche Boden wird als Gesammteigenthum, Korporationsgut, der Gemeinde, auf deren Gebiet er sich befindet, vermuthet. ²)

¹) Bei dem Korporationseigenthum ist die letzte Spur des Miteigenthums, und somit auch das, bei der Genossenschaft noch übrig gebliebene selbständige Nutzungsrecht der Genossen, verschwunden, derart, daß die Korporation, als juristische Person, sowohl Eigenthümerin als Nutznießerin des Korporationsgutes ist. Dahin gehören namentlich unsere bürgerlichen Gemeindekorporationen. Zwar spricht man hier wohl auch von einem selbständigen Nutzungsrechte, der den Bürgern an dem Korporationsgut zustehen soll; allein es ist dies offenbar nicht genau, indem vielmehr dieses Nutzungsrecht, dermalen wenigstens, nicht sowohl als ein dem Bürger selbständig zustehendes, denn als ein von der Korporation abgeleitetes erscheint, daher dieses angebliche individuelle Nutzungsrecht auch keineswegs ein für alle Zeit bestimmtes ist, vielmehr der Korporation, als solcher, zusteht, jeweilen den Bürgernutzen nach ihrem Interesse zu reguliren, einzuschränken oder auszudehnen — vorbehalten immerhin die möglichste Gleichhaltung der Korporationsglieder und den dem Alp- und Waldrechte noch immer mehr oder weniger anhaftenden dinglichen Charakter. Wenn man daher auch eine genossenschaftliche Färbung des auf Allmenden sich beziehenden Bürgergutes nicht leugnen kann, so ist doch dessen korporativer Charakter vorwiegend, wofür ein Beleg auch darin liegt, daß, in unserm Kanton wenigstens, der Bürger sogar in der freien Verfügung über den ihm zukommenden Nutzen, beziehungsweise in der Abtretung desselben an Andere, meist beschränkt ist. Aus diesem Grundsatz ergeben sich wichtige Folgerungen für die Rechte der Bürger am Korporationsgut.

Hinsichtlich der ausgetheilten Gemeindegüter ist dagegen eine ausgesprochene Hinneigung zu der Genossenschaft nicht zu verkennen, indem hier das Nutzungsrecht des Bürgers schon selbständiger hervortritt und zugleich ein genau bestimmtes ist, wie denn der Inhaber des Gemeindegutes letzteres verpachten kann u. s. w.

Ursprünglich freilich war dieses bürgerliche Korporationsgut, so weit es sich auf Allmenden (d. h. auf Wald, Weide und sonstigen nutzbarem Boden) bezieht, entschieden als Genossenschaftsgut anzusehen. Denn das Nutzungsrecht an der Allmende (welche bekanntlich im Mittelalter die Grundlage der sog. Markgenossenschaften und somit des späteren Gemeindeverbandes war) erschien ursprünglich als Pertinenz zu dem Grundbesitz und hatte einen durchaus dinglichen Charakter derart, daß jeder innert der Gemeindsmark auf Grundbesitz Niedergelassene ein selbständiges Nutzungsrecht an der Allmende erhielt, so daß die sämmtlichen Mark- oder Gemeindsgenossen mit Bezug auf die Allmende eine eigentliche Genossenschaft bildeten. Je mehr dieses Nutzungsrecht in der Folge zu einem, den Bürgern persönlich zustehenden wurde und je mehr sich gleichzeitig die Bürger zu einer wahren Korporation verschmolzen, um so mehr erhob sich auch die Allmende zu einem Korporationsgut, ohne daß dieses jedoch, bei uns wenigstens, seinen dinglichen und auch seinen genossenschaftlichen Charakter gänzlich verloren hätte. Vgl. Bluntschli d. P. R. § 58 und 59 und Bluntschli zürch. St. u. R. G. I. pag. 78—87.

²) Diese Rechtsvermuthung beruht auf der geschichtlichen Entstehung der Gemeinden aus den oben erwähnten altdeutschen Markgenossenschaften, deren Grundlage eben die „gemeine Mark" oder der ganze innert dem Gemeindsbezirk befindliche nutzbare Boden war, so weit dieser nicht in Privateigenthum übergegangen war. Wie das Privateigenthum sich meist erst aus der „gemeinen Mark" oder der „Allmende" ausschied, so darf man daher mit Grund sagen; daß Alles, was nicht Privateigenthum oder nicht Eigenthum einer andern juristischen Person geworden sei, Allmende oder in unserer heutigen Sprache) Gemeindeeigenthum geblieben sei.

Drittes Kapitel.

Eigenthumsklage.

§ 215.

Allgemeiner Grundsatz.

Jeder Eigenthümer kann, wenn er sein Eigenthum beweist, die Sache, die wider seinen Willen aus seinem (wenn auch nur durch Stellvertreter ausgeübten) Besitze in denjenigen eines Andern gelangt ist, herausfordern (entwehren, vindiziren), [1]) vorausgesetzt, daß der Besitzer nicht durch Ersitzung das Eigenthum daran erworben habe.

1) Das deutsche Recht ließ mit Bezug auf bewegliche Gegenstände (fahrendes Gut) die Eigenthumsklage gegen Dritte nur unter der Voraussetzung zu, daß der Eigenthümer sie nicht freiwillig aus seiner eigenen Gewehre (seinem physischen Besitz) gelassen hatte. Wenn also der Eigenthümer A eine Sache dem B geliehen und B sie widerrechtlich an C veräußert hatte, so hatte A kein Klagrecht gegen C, sondern konnte sich lediglich an B halten. Man drückte diesen Grundsatz durch die Redensarten aus „Hand muß Hand wahren" und „wo Einer seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wieder suchen". Dem nämlichen Grundsatz ist auch das Zürch. Ges. gefolgt. Bei uns sind aber die römischen Grundsätze der rei vindicatio völlig einheimisch geworden, wonach der Eigenthümer einer Sache, wenn diese ihm oder einem in seinem Namen Besitzenden abhanden kommt, sie von Jedem, bei dem er sie findet, herausfordern kann. In obigem Beispiel würde also angenommen werden, B habe den Besitz an der Sache nur an der Stelle des A ausgeübt und ausüben können, daher, wenn er sie unberechtigter Weise dem C übergebe, dieses gleich zu achten sei, als ob die Sache dem A wider seinen Willen entrissen worden wäre.

Die Eigenthumsklage kann übrigens nicht nur (wie nach dem Zürcher Ges.) auf bewegliche, sondern eben so wohl auch auf unbewegliche Sachen sich beziehen.

Anmerk. Der ursprüngliche Entwurf enthielt auch den Zusatz: „Baares Geld und auf den Inhaber lautende Werthpapiere können gegenüber dem redlichen Besitzer nicht eingeklagt werden", und zwar von der Ansicht ausgehend, daß diese Verkehrsmittel so sehr auf dem öffentlichen Vertrauen beruhen und ihnen der unrechtmäßige Besitz des letzten Inhabers so wenig angesehen werden könne, daß ihr jeweiliger Besitzer, wenn ihm nicht Unredlichkeit bewiesen wird, zu schützen sei. Ungeachtet nun diese Bestimmung von den Kommissionen nicht gutgeheißen wurde, so kann die Entwehrung solcher Sachen schon deßhalb höchst selten erfolgen, weil der Eigenthumsbeweis hier äußerst schwer zu führen ist.

§ 216.

Rechtsfolgen des redlichen Besitzes.

Der redliche Besitzer[1]) einer Sache ist, wenn er sie dem wahren Eigenthümer (§ 215) oder einem, der ein besseres Recht darauf hat (§ 219), abtreten muß, außergewöhnliche Bereicherung vorbehalten, nicht verpflichtet, für den Nutzen Ersatz zu leisten, den er während seines redlichen Besitzes davon bezog, noch selbst, wenn es sich um Grundstücke handelt, die vorhandenen, aber bereits abgetrennten Früchte herauszugeben, dagegen hat er Anspruch auf den Ersatz der nothwendigen (auf die Erhaltung der Sache gemachten) so wie der nützlichen Verwendungen; der letzteren jedoch nur so weit dieselben noch nutzbringend sind.[2])

Für die blos zur Annehmlichkeit oder Verzierung einer Sache gemachten (luxuriösen) Verwendungen hat er dagegen keinen Anspruch auf Ersatz; doch kann er noch vorhandene Verschönerungen wegnehmen, wenn es ohne Schädigung der Hauptsache möglich ist und derjenige, dem er diese abtreten muß, es nicht vorzieht, sie gegen billige Entschädigung zu behalten.

Hat er die Sache in Folge einer gerichtlichen Klage herausgeben müssen, so ist er von dem Zeitpunkt ihrer Anhebung an wie der unredliche Besitzer (§ 217) zu behandeln.[3])

[1]) Die Definition des redlichen und unredlichen Besitzes s. in § 183.

[2]) Wenn demnach z. B. A in gutem Glauben, der rechtmäßige Erbe des B zu sein, einen von letzterem hinterlassenen Weinberg 5 Jahre lang besessen und genossen hat, sodann aber denselben dem C, der ein besseres Erbrecht beweist, herausgeben muß, so ist er nicht schuldig, dem letzteren für die während jener 5 Jahre bezogene Frucht Ersatz zu leisten und ist überdies berechtigt, die Erstattung der auf die Erhaltung des Weingartens (z. B. für Reparatur eingestürzter Mauern, u. s. w.) gemachten Verwendungen (wozu jedoch die für die Früchte gemachten Auslagen, wie die Kosten der Weinlese, des Kelterns 2c nicht gehören), eben so auch der dafür bezahlten Steuern u. s. w. zu verlangen. Nicht minder ist A berechtigt, wenn er den Weingarten nicht blos in seinem früheren Stand erhalten, sondern nachweisbar gebessert hätte und zwar derart, daß die Verbesserung oder die Wertherhöhung noch fortdauert, dafür Entschädigung zu fordern. Da jedoch A bei dieser Berechnung unter Umständen, namentlich wenn jene 5 Erndten ungewöhnlich ergiebig ausgefallen sein sollten, allzu günstig gestellt werden könnte, so ist dem Richter vorbehalten, in solchem Fall sei es den dem C obliegenden Ersatz der gemachten Verwendungen zu ermäßigen sei es dem A eine etwelche Vergutung für ungewöhnlich reiche Erndten aufzuerlegen.

Es scheint, daß nach röm. R. (L. 48 de rei vind. 6. 1) der redliche Besitzer den Ersatz der auf die Sache gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen nur so weit als sie durch den bezogenen Nutzen nicht aufgewogen wurden, fordern konnte (Vgl. Keller Pand. § 152).

Der Grundsatz, daß der redliche Besitzer zum Ersatz der bezogenen Früchte nicht pflichtig sei, galt übrigens nicht nur im römischen, sondern auch im deutschen Recht (Eichhorn St. u. R. G. § 356).

[3]) Von der gerichtlichen Klage an kann sich der redliche Besitzer nicht mehr unbedingt auf seine bona fides berufen. Demnach müssen von diesem Zeitpunkt an die Früchte, als akzessorisch, dem Entwehrenden zukommen, sofern er die Hauptsache erlangt und hat dieser von dort an keine andere Verwendungen zu ersetzen als solche, die zur Erhaltung der Sache wirklich nothwendig waren. Mehrere Schweizergesetze behandeln den redlichen Besitzer von der Klage an als „Verwalter einer fremden Sache."

Anmerk Ist die Sache im Besitze des redlichen Besitzers untergegangen, so haftet letzterer für keinen Ersatz. Sollte er sie zwar nicht mehr besitzen, aber durch sie bereichert worden sein, so kann gegen ihn keine dingliche Eigenthumsklage, wohl aber eine persönliche Klage wegen ungehöriger Bereicherung angehoben werden. Wenn daher der redliche Besitzer die fremde Sache verschenkte, so haftet er nicht für deren Werth, da er nichts dafür erhielt, somit durch dieselbe nicht bereichert wurde, verkaufte er sie dagegen, so haftet er für den Kaufschilling, den er dafür empfing, (nicht aber für dessen Zinsen). Vgl. L. 35 § 11 D de hered. pet. (5. 3).

§ 217.

Rechtsfolgen des unredlichen Besitzes.

Der unredliche Besitzer haftet für allen Nutzen, den er bezogen hat und den der Berechtigte hätte beziehen können, wenn ihm der Besitz der Sache nicht vorenthalten worden wäre.

Hinsichtlich der nothwendigen und luxuriösen Verwendungen wird er wie der redliche Besitzer behandelt, hinsichtlich der nützlichen hat er aber gegenüber dem Berechtigten keine andern Ansprüche als hinsichtlich der luxuriösen. [1])

Ging die Sache in seinem Besitze unter, so haftet der unredliche

Besitzer für deren Werth, insofern er nicht darthun kann, daß sie auch in dem Besitze des Eigenthümers untergegangen wäre. [2])

[1]) Demnach muß der unredliche Besitzer dem Eigenthümer ersetzen: a) den Nutzen, den er von der Sache wirklich bezogen hat und b) auch den Mehrnutzen, den der Eigenthümer, wenn er im Besitz der Sache geblieben wäre, von ihr nachweisbar hätte beziehen können. Von den auf die Sache gemachten Verwendungen müssen ihm von dem Eigenthümer blos die auf die Erhaltung der Sache gemachten (die nothwendigen) ersetzt werden, da der Eigenthümer, wenn er auch im Besitze der Sache geblieben wäre, diese Kosten jedenfalls hätte tragen müssen und er daher durch deren Nichterſatz sich auf Kosten des Andern bereichern würde.

[2]) Vgl. Vangerow Pand. (III. Aufl.) pag. 583. Wenn z. B. A sein von B gestohlenes Pferd von dem Hehler C herausfordert, dasselbe aber in dem Besitz des letzteren umgestanden ist, so kann C sich der Pflicht, den Werth des Thieres zu ersetzen, entziehen, wofern er beweist, daß dasselbe an einer unheilbaren Krankheit (z. B. am Dampf), von der es schon im Besitze des A behaftet war, starb und daher jedenfalls auch im Besitze des A umgestanden wäre.

§ 218.

Unentgeltliche Herausgabe.

Abgesehen von den Bestimmungen der §§ 216 und 217 muß die Sache dem entwehrenden Eigenthümer unentgeltlich herausgegeben werden. Dagegen kann nur gegen Herausgabe beweglicher Sachen, die auf einer öffentlich ausgekündigten und amtlich geleiteten Versteigerung oder von einem öffentlich mit Waaren dieser Gattung, sei es in einer Marktbude, sei es in einem ständigen Magazin handelnden Kaufmann oder patentirten Hausirer gekauft wurden, der Ersatz des dafür bezahlten Preises verlangt werden. [1])

Dem redlichen Besitzer, welchem eine Sache durch den Eigenthümer entwehrt wird, bleibt die Schadensklage gegen denjenigen, von welchem er sie überkam, offen.

[1]) Es liegt diese Bestimmung im Interesse des Verkehrs und der Billigkeit zugleich, indem das Publikum berechtigt erscheint, bei öffentlich handelnden und somit polizeilich geduldeten Kaufleuten und bei obrigkeitlichen Versteigerungen die Rechtmäßigkeit des Erwerbes der ausgebotenen Sachen vorauszusetzen. Vgl. Preuß. L. R. I. 15. § 43, österr. Ges. § 367, *Code Nap.* § 2280, Zürch. Ges. § 655. Die „patentirten Hausirer“ wurden in der zweiten Kommission beigefügt.

§ 219.

Auf das bessere Besitzrecht gegründete Eigenthumsklage.

Wenn Einer sein behauptetes Eigenthum an einer seinem redlichen Besitze entzogenen Sache nicht anders beweist als dadurch, daß er sie in Folge eines zu Uebertragung des Eigenthums geeigneten Aktes (§ 186) besessen, so ist dieser Nachweis als genügend zur Eigenthumsklage (Entwehrung) anzusehen gegenüber einem, wenn auch redlichen, Besitzer, der nicht ein mindestens eben so gutes Besitzrecht darzuthun vermag.

Gegenüber einem **unredlichen** Besitzer genügt zur Entwehrung der Sache der Beweis eines **früheren** Besitzes und der **Unredlichkeit** des jetzigen Besitzers. [1])

[1]) Der Beweis, daß man die zu entwehrende Sache von dem **wahren** Eigenthümer überkommen habe (wie solches zur eigentlichen Eigenthumsklage gefordert wird) ist, namentlich bei beweglichen Sachen, oft sehr schwierig, und mitunter sogar unmöglich; daher die Eigenthumsklage zufolge obiger Bestimmungen auch demjenigen, der nur einen zur **ordentlichen** Erjährung und endlich auch demjenigen, der nur einen zur **außerordentlichen** Ersitzung geeigneten Besitz hatte, gegenüber einem Besitzer, der einen schlechteren Titel hat, eingeräumt wird. Es ist dies die römische Actio publiciana.

Da diese Klage im letzten Fall in eine **Besitzesklage** übergeht, wird dieser Gegenstand von andern Gesetzbüchern meistens in dem Abschnitt über den „Besitz" behandelt. Er bildet aber durchaus einen Bestandtheil der Eigenthumsklage.

Viertes Kapitel.

Geistiges Eigenthum. [1])

[1]) Die nachfolgenden Bestimmungen stimmen im Wesen überein mit dem, den nämlichen Gegenstand beschlagenden **schweizerischen Konkordatsentwurf** vom 15. Juli 1854.

---

§ 220.

Allgemeine Bestimmmungen.

Schriftstellerische und künstlerische Erzeugnisse sind als Eigenthum ihres Urhebers [1]) (Autors) in der Weise anzusehen, daß ihm, beziehungsweise seinem Rechtsnachfolger, [2]) ausschließlich die Befugniß zusteht, dieselben zum Zwecke, sei es der ersten, [3]) sei es einer wiederholten Veröffentlichung, auf mechanischem Wege [4]) zu vervielfältigen und über die durch Vervielfältigung gewonnenen Exemplare zu verfügen. Vorbehalten bleiben diejenigen Geisteserzeugnisse, die ihrer Natur nach als der Oeffentlichkeit angehörig anzusehen sind, wie die öffentlichen Verhandlungen von Behörden, öffentlich gehaltene Reden, in öffentlichen Blättern erschienene Aufsätze. [6])

Ueber Verletzung des Autorrechtes siehe § 471.

[1]) Dieses Eigenthumsrecht ist wohl zu unterscheiden von dem Eigenthum an der produzirten **individuellen Sache**, als der körperlichen Erscheinung des Geistes-

erzeugnisses. So ist z. B. das Eigenthum eines Schriftstellers an seinem schriftstellerischen Erzeugnisse nicht absolut identisch mit dem Eigenthum an dem Manuskripte; denn es kann der Verfasser sein Manuskript einem Andern eigenthümlich überlassen, ohne damit sein geistiges Eigenthum an dem Inhalte des Manuskriptes in der Weise zu übertragen, daß der Andere es dem Drucke übergeben dürfte. Und ebenso kann ein Bildhauer die von ihm produzirte Statue veräußern, ohne daß sein Recht, dieselbe durch Gypsabdrücke zu vervielfältigen, auf den Käufer überginge Der Begriff des „geistigen Eigenthums" ist juristisch noch sehr bestritten (s. namentlich Bluntschli, deutsches Privatrecht § 46). Indeß ist es im Grunde nur der sehr engbegrenzte Eigenthumsbegriff des römischen Rechts, der bei vielen Juristen der Auffassung des Autorrechtes als eines geistigen Eigenthumsrechtes entgegensteht. In der Natur des Autorrechtes steht ihr jedoch nichts entgegen, da ja der Autor die Befugniß hat, über sein Geisteserzeugniß wirklich zu „verfügen", namentlich es für sich zu behalten oder zu veröffentlichen oder sein Autorrecht an Andere abzutreten; er ferner dasselbe, durch „eigene geistige Kräfte erzeugte"; er im Weitern sein Autorrecht, gleich einem dinglichen Rechte, dritten gegenüber geltend machen kann, indem er jeden Andern an der Veröffentlichung resp. Vervielfältigung seines Werkes hindern kann. Endlich ist die Verletzung des Autorrechtes ganz analog der Beschädigung fremden Eigenthums, wie sie denn in diesem Entwurfe, sicher passend, in dem von den „Forderungen aus Beschädigung" handelnden Abschnitt untergebracht ist (§ 471).

[2]) Es können dieses (mit der Einschränkung des folgenden §) sowohl seine Erben als Dritte, denen er sein Autorrecht veräußerte, wie namentlich Verlagshandlungen, sein. Im Zweifel wird aber nicht die unbeschränkte Abtretung des Autorrechtes, sondern die für eine Auflage gültige zu vermuthen sein.

[3]) Es ist demnach nicht nur der Nachdruck als die wiederholte Veröffentlichung eines bereits veröffentlichten Werkes, sondern auch die erste Veröffentlichung desselben ohne Bewilligung des Autors unstatthaft. Und zwar kommt in letzterem Falle nicht nur der materielle Nachtheil in Betracht, den der Autor, dessen Werk ohne seinen Willen veröffentlicht wird, dadurch erlitte, daß er um sein (wenn er es selbst veröffentlicht hätte) in Aussicht gestandenes Honorar gebracht würde, sondern auch die Autorehre, die durch Veröffentlichung eines unreifen Werkes verletzt würde.

[4]) Durch Druck, Lithographie, Gypsabdruck u. s. w.

[5]) Daraus folgt, daß die durch Verletzung des Autorrechtes gewonnenen Exemplare nach erfolgter Beschlagnahme dem Inhaber desselben (dem Autor oder Verleger u. s. w.) zu überlassen sind.

[6]) Was seiner Natur nach der Oeffentlichkeit angehört, kann eben so wenig Gegenstand des Privateigenthums sein als „Sachen zu öffentlichem Gebrauch". Vgl. den schweizer. Konkordatsentwurf vom 12. Juli 1854. § 4. Ziff. 1—3.

§ 221.

Dauer des Autorrechtes.

Dieses Recht des Autors dauert für ihn während seiner ganzen Lebenszeit, für seine Rechtsnachfolger 20 Jahre nach seinem Tode. [1])

[1]) So lange der Autor lebt, bildet das Autorrecht einen Bestandtheil seiner geistigen Persönlichkeit. Aber auch nach seinem Tode ist es billig, daß dessen Vortheile eine Zeit lang zu Gunsten seiner Erben fortwirken, worauf dann das Werk gleichsam der Allgemeinheit, für die es seiner Natur nach im Grunde bestimmt ist, anheimfällt. Hiefür wurde der Zeitraum von 20 Jahren — analog der außerordentlichen Erjährung beweglicher Sachen — bestimmt. Das deutsche Bundesgesetz vom 21. Juni 1845 setzt dafür 30 Jahre fest. Der oben zitirte Konkordatsentwurf (§ 2) bestimmt 30 Jahre von der ersten Veröffentlichung

an beziehungsweise die Lebensdauer des Autors, wenn dieser jenen Zeitraum überlebt. Allein hiemit ist der Fall der unstatthaften Veröffentlichung eines von dem Autor gar nicht herausgegebenen Werkes nicht berührt; auch dürfte das Datum der ersten Veröffentlichung selten genau zu ermitteln sein. Was die anonymen und pseudonymen Schriftsteller betrifft, so wird, wenn das Autorrecht geltend gemacht werden will, ihr Name manifestirt werden müssen. Nach der Fassung des obigen § können die Rechtsnachfolger des Autors auch hinsichtlich seiner nachgelassenen Schriften während 20 Jahren nach dessen Tode das Autorrecht mittelst erstmaliger sowohl als wiederholter Veröffentlichung ausüben, während nach dem Konkordatsentwurf dasselbe in ersterer Beziehung nur innert 10 Jahren, in letzterer Beziehung aber innert 30 Jahren nach dem Tode des Autors ausgeübt werden kann. Es ist aber dieses eine unnöthige Komplikation.

Zweiter Abschnitt.

Eigenthumsbeschränkungen.

§ 222.

Begriffsbestimmung.

Die Beschränkungen des Eigenthumsrechtes an einer Sache bestehen darin, daß ihr Eigenthümer entweder bestimmte Verfügungen über dieselbe unterlassen muß, die ihm sonst zustünden, oder bestimmte Verfügungen Anderer darüber dulden muß, die er sonst nicht zu dulden hätte.

Dieselben werden entweder von Gesetzes wegen oder durch besondere Willensakte begründet.[1])

[1]) Diese „Beschränkungen des Eigenthumsrechtes" sind stets dingliche Rechte, welche einem Nichteigenthümer gegenüber einem Eigenthümer zustehen und wodurch das freie Verfügungsrecht des letzteren in irgend einer Beziehung beschränkt wird. Von solchen Eigenthumsbeschränkungen kannte das römische Recht, das überhaupt die Unbeschränktheit des Eigenthums hoch hielt, nur die durch Vertrag oder Testamente begründeten d. h. die eigentlichen Servituten.

Erstes Kapitel.

Von Gesetzes wegen.

A. Gegenüber dem öffentlichen Bedürfniß.

§ 223.

Expropriation.

Jeder Eigenthümer einer Liegenschaft ist verpflichtet, sein Eigenthum an derselben oder deren Benutzung, nach Maßgabe der Expropriationsgesetze, dem Gemeinwesen (Staat oder Gemeinden) zu öffentlichen Zwecken gegen Entschädigung abzutreten. [1])

[1]) Das Expropriationsrecht ist dem neueren Recht eigen. Da bei demselben stets ein Gemeinwesen (oder ein Konzessionsträger desselben) berechtigt ist, so erscheint es als ein Bestandtheil des öffentlichen Rechts und wird durch besondere Staatsgesetze geregelt. Hier mußte aber desselben der Vollständigkeit wegen Erwähnung geschehen.

§ 224.

Sachen zu öffentlichem Gebrauch.

Nicht erweislich dem Privateigenthum anheimgefallene Gewässer (Flüsse, Seen, Bäche), [1]) Straßen [2]) und Plätze sind zu öffentlichem Gebrauche bestimmte Sachen. [3])

Dieselben sind, soweit sie überhaupt Gegenstand von Rechten sind, [4]) als Eigenthum derjenigen Gemeinde, auf deren Gebiet sie sich befinden, anzusehen, [5]) mit Vorbehalt der dem Staate gehörenden Straßen.

Wenn Flüsse und Straßen das Gebiet zweier Gemeinden trennen, so bildet deren Mitte, abweichende Abreden vorbehalten, die Grenzlinie zwischen dem einen und andern Gebiete, beziehungsweise Eigenthum.

[1]) Je größer die Gewässer sind, desto weniger werden dieselben Gegenstand des Privateigenthums sein können und umgekehrt. Gefaßte Kanäle und Behälter werden in der Regel Privateigenthum sein.

[2]) Feldwege werden meist als Eigenthum der betreffenden Grundbesitzer anzusehen sein. Ebenso sind von Gesellschaften erbaute Eisenbahnen, so weit sie nicht gegenüber dem Staat verpflichtet sind, Privateigenthum.

³) Es sind dieses die res quae in usu publico habentur des röm. R. Der öffentliche Gebrauch derselben darf daher, so weit nicht Privatrechte entgegenstehen oder polizeiliche Gründe es erheischen, nicht beschränkt oder behindert werden.

Nicht zu verwechseln weder mit den zum öffentlichen Gebrauch bestimmten noch mit den herrenlosen sind diejenigen Sachen, die ihrer Natur nach sich dem menschlichen Besitze entziehen, wie die Luft, das Meer und auch das Flußwasser, so weit es nicht festgehalten und beherrscht werden kann. Es sind dies die res omnium communes der Römer (vgl. Puchta Pand. § 35).

⁴) Ein zerstörender Wildbach z. B., der in keiner Weise nutzbar gemacht werden kann, sondern nur als feindselige Naturgewalt erscheint, wird nicht Gegenstand von Rechten sein.

⁵) Es können dieselben als ein mit einer Benutzungsservitut zu Gunsten des ganzen Publikums beschwertes Eigenthum angesehen werden.

Das altdeutsche Recht rechnete die Sachen zum öffentlichen Gebrauch ebenfalls zur „gemeinen Mark" im weiteren Sinn, also zum Gesammteigenthum der Markgenossen (vgl. Grimm d. Rechtsalterth. S. 498).

§ 225.

Deren Benutzung.

Die zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen können, mit Vorbehalt der zu Regulirung ihrer Benutzung erlassenen Verordnungen, von Jedermann frei benutzt werden. So lange sie ihre Bestimmung, dem öffentlichen Gebrauch zu dienen, nicht verlieren, können besondere Privat-Berechtigungen an denselben gegenüber dem Gemeinwesen nicht anders als durch ausdrückliche, entgeltliche oder unentgeltliche Konzessionen desselben, nicht aber sei es durch Zueignung sei es durch Ersitzung erworben werden. ¹)

¹) Es ist dieser Grundsatz nicht Ausfluß der Regalität, die bei uns gar nicht besteht, vielmehr findet derselbe seine Begründung darin, daß das Gemeinwesen berechtigt und verpflichtet ist, diese öffentlichen Sachen unverkümmert dem öffentlichen Gebrauch zu erhalten, durch jede Privatberechtigung aber letzterer mehr oder weniger eingeschränkt wird.

Nach bündnerischem Recht schließt die freie Benutzung der öffentlichen Gewässer durchweg auch die Fischerei in sich, vorbehalten bestehende Privatberechtigungen.

Anderes Gesammteigenthum und Korporationsgut dagegen kann wie gewöhnliches Privateigenthum ersessen werden.

Anmerk. Nach dem Poschiaver St. (III. 15) war Jeder, welcher eine öffentliche Straße unberechtigter Weise verengerte, bußfällig und pflichtig, den früheren Zustand wieder herzustellen In unseren Statuten (meist ökonomischen) spielen auch die Fußwege und Durchgänge (bavuns) eine wichtige Rolle als Sachen des öffentlichen Gebrauchs.

§ 226.

Durch Errichtug von Werken.

Wenn eine besondere Berechtigung an Sachen des öffentlichen Gebrauchs durch Erstellung sichtbarer Werke oder Anstalten, wie z. B. durch Ueberbauung von Straßenboden, Errichtung eines Wasserwerkes oder Kanals, in guten Treuen und mit stillschweigender Zulassung der betreffenden Gemeinds- oder Staatsbehörden ¹) in An-

spruch genommen wurde, so dürfen solche Werke, wenn sie übrigens polizeilichen Vorschriften nicht entgegen laufen,[2]) nur gegen Ersetzung der von dem Eigenthümer auf dieselben verwendeten Kosten und aus Gründen des dadurch verkümmerten öffentlichen Gebrauchs[3]) beseitigt werden.

[1]) Es muß also bewiesen werden, daß die Behörden davon wußten oder wissen mußten.

[2]) Wenn dabei polizeiliche Vorschriften übertreten wurden, so kann der Uebertreter keinerlei Entschädigung für die Wegräumung beanspruchen.

[3]) Wenn also A in gutem Glauben, auf eigenem Boden zu bauen, auf Straßenboden baut und die Behörden, unter deren Augen es erfolgt, lassen es geschehen, so können sie, wenn der Verkehr dadurch verkümmert wird, jedoch nur gegen Ersetzung der Kosten, die Wegräumung des Gebäudes verlangen, wogegen, wenn der Verkehr dadurch nicht verkümmert würde, der faktische Besitz geschützt würde, immerhin gegen Vergutung des Werthes des okkupirten Straßenbodens.

§ 227.

Privatberechtigungen an Gewässern.

Wer an einem öffentlichen Gewässer eine Privatberechtigung erworben hat, ist verpflichtet, dieselbe nur so weit auszudehnen, als es seine Konzession unzweifelhaft zuläßt beziehungsweise sein Bedürfniß nothwendig erheischt und sie mit möglichst geringer Beschränkung des öffentlichen Gebrauchs auszuüben, wogegen auch die Gemeinde nicht durch neue Konzessionsertheilungen seine wohlerworbene Privatberechtigung verkümmern darf.[1])

[1]) Somit darf z. B. ein Müller, dem die Gemeinde eine Konzession zu Errichtung einer Mühle an einem öffentlichen Gewässer ertheilte, wenn solches zum Betrieb nicht unbedingt erforderlich ist, den Fluß oder Bach nicht so weit in Anspruch nehmen, daß z. B. die öffentliche Wasserleitung dadurch trocken gelegt wird. Umgekehrt darf die Gemeinde nicht etwa einem zweiten Müller in solcher Nähe oberhalb des ersteren eine Konzession ertheilen, daß dieser dadurch in dem Betrieb seiner Mühle verkümmert würde.

Der Reichthum der meisten Gemeinden unseres Kantons an Wasserkräften verbunden mit der geringen Nachfrage nach letzteren bringt es freilich mit sich, daß die Gemeinden ihr Konzessionsrecht selten geltend machen.

§ 228.

Quellen.

Quellen sind im Allgemeinen als Bestandtheile des Grundstücks, auf welchem sie entspringen, zu betrachten. Jedoch sind Gesundbrunnen insofern als zum öffentlichen Gebrauche bestimmt anzusehen, als ihr Eigenthümer oder wer ihn vertritt, weder sie willkürlich verderben noch deren Benutzung unverhältnißmäßigen Belästigungen unterwerfen darf. Gegen solchen Mißbrauch des Eigenthumsrechtes einzuschreiten, steht der Staatsregierung zu.[1])

[1]) Heilquellen können als Sachen des öffentlichen Gebrauchs im weitesten Sinne, nicht blos für die betreffende Territorialgemeinde, sondern gewissermaßen

für die ganze heilbedürftige Menschheit angesehen werden. Dieses allgemeine Interesse soll der Staat — und er allein kann es wirksam — in Fällen wahren, in welchen es durch den Eigennutz oder die Kurzsichtigkeit der Eigenthümer bedroht erscheint. Im Uebrigen fallen auch die Heilquellen, als Zubehörden des Grundstücks, auf dem sie entspringen, dem Privatrechte anheim.

B. Gegenüber von Nachbaren. [1]

(Nachbarrecht.)

[1]) Das Nachbarrecht (umfassend die sog. gesetzlichen Dienstbarkeiten) ist gänzlich dem deutschen Recht entsprungen, welches überhaupt weniger als das deutsche Recht auf eine egoistische Abschließung, dagegen um so mehr auf ein genossenschaftliches Zusammenleben abzielt, weßhalb auch dessen Eigenthumsbegriff weniger hart und schroff als im röm. Recht erscheint und billigen Rücksichten auf nachbarliche Verhältnisse Rechnung zu tragen sehr geneigt ist. Diese deutschrechtliche Grundansicht ist auch mit unserm Volksleben tief verwachsen, wovon unsere Statuten vielfache Spuren zeigen.

Es ist nicht ein geringes Verdienst des Zürcher Ges., das Nachbarrecht zuerst einläßlich behandelt zu haben (§ 573 bis 620).

---

§ 229.

Allgemeiner Grundsatz.

Die Nachbarschaft von Liegenschaften und die Beziehungen, in welche sie dadurch zu einander treten, begründen für ihre Eigenthümer die Verpflichtung, von dem Eigenthumsrechte an denselben, durch Handlungen oder Unterlassungen, keinen solchen Gebrauch zu machen, daß der Nachbar dadurch an der Benutzung seines Eigenthums erweisbar erheblich [1]) verkürzt oder geschädigt würde.

Alle vermöge des Nachbarrechtes angeordneten Einschränkungen des Eingenthumsrechtes greifen jedoch nur unter der Voraussetzung Platz, daß die Nachbaren nicht anders, stillschweigend oder ausdrücklich, übereingekommen sind.

[1]) Die Benachtheiligung des Nachbars muß erheblich sein, indem die Freiheit des Eigenthums immerhin oberster Grundsatz bleiben muß, daher dasselbe im Zweifel nicht zu beschränken ist.

Unter dieser Voraussetzung können, außer den hiernach besonders aufgeführten, auch noch andere nachbarliche Eigenthumsbeschränkungen Platz greifen.

§ 230.

Nothweg.

Wenn ein Grundstück oder ein bereits bestehendes Gebäude keine Zufahrt oder keinen Zugang hat, so ist dessen Eigenthümer berechtigt, von den benachbarten Grundeigenthümern und zwar, wenn der Zugang durch Theilung einer Liegenschaft verloren ging, zunächst von

dem Eigenthümer des abgetretenen Stückes, die Gestattung des zu Bewirthschaftung, beziehungsweise Benutzung, seiner Liegenschaft unerläßlichen Zugangs oder der hiezu nöthigen Zufahrt (eines Nothweges) zu verlangen, und zwar, sofern der Nothweg dadurch nicht unverhältnißmäßig verlängert wird, in der Richtung, wodurch möglichst geringer Schaden verursacht wird. Der zum Nothweg Berechtigte hat denselben in der Weise und zu der Zeit zu benutzen, welche für den Nachbarn möglichst wenig lästig ist. [1])

Erwächst den Nachbaren, durch deren Gut der Weg führt, aus der Gestattung des Nothweges ein Schaden, so hat der Nothweg-Bedürftige ihnen denselben zu vergüten, mit Vorbehalt jedoch derjenigen Nothwege, welche innert den Schranken bestehender Uebungen oder Flurordnungen als unentgeltlich benutzbar anzusehen sind. [2])

[1]) Nach dem deutschen Grundsatz: „es soll je ein vorder Gut dem hintern Weg und Steg geben, daß Einer mit dem Seinen dar und dann kommen mag zu ziemlichen Zeiten." — Der Nothweg ist aber auch dem röm. R. bekannt. In altdeutschen Rechtsordnungen sind auch „Düngwege" als Nothwege bezeichnet, sie mußten aber mit Garben belegt werden. (Grimm R. A. pag. 55.)

[2]) Die starke Güterzerstückelung in unserm Lande bringt es mit sich, daß nicht besondere Zufahrten zu den einzelnen Gütern möglich sind, dafür aber häufig letztere einer gewissen gemeinschaftlichen Bewirthschaftung in der Weise sich unterwerfen müssen, daß Anpflanzung und Erndte in einem ganzen Revier gleichzeitig erfolgen müssen, weil nur so die umschließenden Grundstücke von der Bewirthschaftung der umschlossenen möglichst wenig leiden. Durch diese gemeinschaftliche Bewirthschaftung bildeten sich gewissermaßen Flur- und Feldgemeinschaften, analog den anderswo schon früh vorkommenden sog. „Zelgen". Vgl. Bluntschli zürchersche St. u. R. G. I. pag. 78.

Anmerk. St v. Fürstenau und Ortenstein: „Es soll ein Jeder dem Andern in den Güetern Stäg geben auß den nächsten heimwärts und auf den mindsten Schaden, doch vorbehalten wo einer Weg und Stäg vormahlen hatte, wie von altem Herkommen, und soll ein Frucht der andern warten 8 Tage und wan die 8 Tage verflossen, soll man der andern Parth kund thun und selbst den Weg durch des andern Guth meyen, dürren und schochen. Und wo wisen von altem her gsin sind, sollendt die da bauwen, den wisen Stäg und Weg lassen wie vor altem her, allwegen nach gerichts erkanntnuß" St. v. Oberhalbstein cap. 36 u. 37 bestimmen, daß, wenn der Eigenthümer eines hinterliegenden Guts (Wiese oder Acker) „berechtigt sei", durch ein vorliegendes mit der Frucht zu fahren, er dennoch schuldig sei, „auf die geringste Schad" durch das vorliegende einen Weg (Mad) zu schneiden (mähen), die Frucht (Getreide oder Heu) aber „törren" und „zu Haufen legen und dem Patron anzeigen" und, bei Aeckern, den verursachten Schaden vergüten, wenn er vor St. Bartholom. erfolgte, von dort an aber nicht mehr zu diesem Ersatz pflichtig sein. Aehnlich Bergüner St. (Art. 77 und 78). Nach Obervazer L. B. (Art. 89) soll „zu der Zeit, daß das Korn reiff ist, der Rockchen dem Gerstenkorn 12 Tag warten und ein Gerstenkorn dem andern 6 T." „Wan aber einer Gerechtigkeit durch ein Gut zu fahren hat und der Gutspatron nit wollte ihn fahren lassen, sagende sein Korn nit reiff", so sollen sie ihren Anstand durch 2 Schätzer entscheiden lassen. Im Uebrigen ungefähr wie St. v. F. u. O.

Daß dem Nachbar „Weg und Steg" gegeben werden solle, war überhaupt ein auch in der deutschen Schweiz schon früher einheimischer Grundsatz („daß Einer den nächsten und den unschädlichen soll fahren ab dem Seinen und auf das Seine an die Landstraße"). S. Blumer St. u. R. G. I. 447.

§ 231.

Holzriesen.

Ebenso ist der Eigenthümer einer Bergwaldung, beziehungsweise des in einer solchen geschlagenen Holzes, berechtigt, von den Eigenthümern der tiefer gelegenen Grundstücke an geeigneter Stelle den Durchlaß des Holzes und zwar, wenn es unerläßlich erscheint, auch mittelst Riesens desselben gegen volle Entschädigung zu verlangen. Immerhin hat das Riesen, wenn thunlich, im Winter und mit möglichst geringer Beschädigung der zum Durchlaß pflichtigen Grundstücke zu geschehen. [1])

Forstpolizeiliche Verordnungen bleiben hiebei vorbehalten.

[1]) Vgl. Berner Ges. § 384.

Anmerk. Das Davoser L. B. gestattet das Holzriesen in den drei Wintermonaten Dezember, Januar und Februar; doch solle solches, „wenn gar wenig Schnee vorhanden, zu mindest möglichem Schaden geschehen."

§ 232.

Feldwege.

Wenn die Anlegung eines Feldweges von der Mehrheit der an demselben betheiligten Grundeigenthümer beschlossen wird, so sind sämmtliche betheiligte Grundeigenthümer verpflichtet, den hiezu erforderlichen Boden gegen Entschädigung abzutreten. [1])

[1]) Diese Bestimmung wurde von der zweiten Kommission beschlossen. Sie dient dazu, die Anlage von Feldwegen und somit die rationelle Betreibung der Landwirthschaft zu erleichtern.

Es findet hier eine Analogie mit der Expropriation statt. In verschiedenen Gemeinden unseres Kanton (z. B. im Kreise Maienfeld) ist die Anlegung und Unterhaltung der Feldwege geradezu Sache der Gemeinden, wobei freilich die Unbilligkeit zu Tage tritt, daß einerseits die, kein Grundeigenthum besitzenden Bürger hiebei stimmberechtigt, anderseits aber die, Eigenthum besitzenden Niedergelassenen nicht stimmberechtigt sind.

§ 233.

Winterwege.

Die üblichen Winterwege (Fahrwege zu Winterszeit) sind, wenn nichts Abweichendes festgesetzt ist, in der Regel nur bei Schlittbahn und wenn der Boden gefroren ist, zu benutzen. Ausnahmsweise kann von Mitte Februar bis 1. März auch über abern (schneelosen) und nicht gefrorenen Boden gefahren werden, sofern Dringlichkeit vorhanden ist und kein anderer Weg ohne namhafte Erschwerung benutzt werden kann. Entsteht dadurch dem Eigenthümer eines Grundstücks wesentlicher Schaden, so muß solcher ersetzt werden. [1])

[1]) Es entspricht diese Bestimmung so ziemlich einem hierzuland bestehenden Usus. Die Obervazer St. (Art. 92) bestimmen: „Wer Bau (Dünger) auf ein Gut führen wil der sole den Bau darauf führen zu der Zeit da schnee ist oder daß die Gütter trockend seygend im mindsten Schaden."

Auch anderswo in der Schweiz gehörten die Winterwege, welche, wenigstens auf schneebedecktem und gefrorenem Boden, in der Regel von Jedermann benutzt werden konnten, zu den hergebrachten Rechten der Flur- oder der Markgenossen. (S. Blumer St. u. R. G. I. 447.)

§ 234.

Wasserabfluß.

Der Eigenthümer eines untern Grundstückes ist verpflichtet, das von dem obern natürlich abfließende und demselben auf natürliche Weise zugekommene Wasser aufzunehmen. [1]) Künstlich von dem obern Eigenthümer herbeigezogenes Wasser ist der untere nicht verpflichtet aufzunehmen. Künstliche Vorrichtungen für den Abfluß müssen von dem Eigenthümer des obern Grundstückes in einer für das untere möglichst unschädlichen Weise getroffen werden.

Was die im Privateigenthum stehenden Bäche betrifft, so sind dieselben im Zweifel als Zubehör der Grundstücke, [2]) welche sie berühren, anzusehen und darf daher kein Eigenthümer eines am Bache gelegenen Grundstückes dessen Lauf zum Nachtheile eines andern an dem Bach Mitberechtigten verändern. Dagegen sind die zunächst berechtigten Grundeigenthümer verpflichtet, den Ueberfluß auch andern Grundeigenthümern, welche das Wasser benutzen können, abzugeben. [3])

[1]) Es ist dies als eine in der natürlichen Lage der Grundstücke begründete Servitut des unteren Grundstückes zu Gunsten des oberen anzusehen. Es darf aber nicht der obere Eigenthümer die natürliche Servitut durch künstliche Vorrichtungen erschweren.

[2]) Vgl. Mittermaier deutsches P. R. II. § 222 b.

[3]) Eben weil ein solcher Bach als Zubehörde der von ihm berührten, der untern wie der obern, Grundstücke anzusehen ist, so sind die oberen nicht berechtigt, denselben zum Nachtheil der untern abzuleiten. Zum eigenen Bedürfniß mögen sie denselben im Zweifel benutzen, dürfen aber den Ueberschuß den Nachbaren nicht vorenthalten. Die in industriellen Kantonen oft erörterte Frage, ob und wie weit ein Grundeigenthümer die Wasserkraft eines Privatbaches zu industriellen Zwecken derart benutzen könne, daß der Nachbar an einer ähnlichen Benutzung der Wasserkraft gehindert wird, ist einstweilen in unserm Kanton von geringem praktischem Werth.

Was die zur Bewässerung dienenden Bäche betrifft, so werden dieselben bei uns derart als gemeinschaftliche Zubehörde sämmtlicher Grundstücke, denen sie dienen können (also nicht blos der unmittelbar anstoßenden), angesehen, daß allen eine gleichmäßige Benutzung derselben durch sog Wasserrad-Ordnungen gewährt wird. In solchem Falle nimmt der zur Bewässerung dienende Bach einen mehr oder weniger öffentlichen Charakter an Es versteht sich, daß durch obige Bestimmung solchen bestehenden Rechtsverhältnissen nicht soll zu nahe getreten werden.

Anmerk. Die Poschiaver St. (III. 11) berechtigten den obern Eigenthümer, das Regenwasser zu sammeln, verpflichteten ihn aber auch, dem untern hinsichtlich des ihm etwa dadurch drohenden Schadens zu haften; den natürlichen Abfluß mußte sich dagegen der untere gefallen lassen Auch die Obervazer St. (93) berechtigten, wenn man sich mit den Nachbarn nicht einverstand, das Wasser „auf den mindsten Schaden" fortzuleiten. Schon in der alten Churer Stadtordnung vom J. 1368—1376 ist gesagt, es solle „ieglich wis der andern wassers gnuog geben, ob sis gehan mag."

§ 235.

Wasserleitung.

Wer zu einem Brunnen eine Quelle oder sei es zu einem Wasserwerke sei es zur Wässerung ein Wasserrecht erworben hat und zu deren Benutzung der Durchleitung des Wassers durch ein fremdes Grundstück bedarf, kann von dem betreffenden Eigenthümer die Gestattung dieser Durchleitung in einer für dasselbe möglichst wenig lästigen Weise gegen volle Entschädigung verlangen, vorausgesetzt, daß solche nicht hart an Gebäulichkeiten oder durch Gärten und Anlagen zu führen und für den Bestand des betreffenden Grundstücks nicht gefährdend sei. [1])

Der nämliche Grundsatz gilt für Anlegung von Abzugskanälen behufs Entwässerung von Grundstücken.

[1]) Auch hier kommt, obwohl mit Einschränkung, die Analogie der Expropriation, und zwar sowohl im Interesse der Landwirthschaft als der Industrie, in Anwendung. Bisher konnte bei uns ein solches Recht, eine Wasserleitung über ein fremdes Grundstück zu führen, wohl nur als vertragsmäßige Servitut bestehen. Immerhin findet sich eine ähnliche Bestimmung, jedoch nur zu Gunsten von Gemeinden, in den Obervatzer St (Art. 98) „Wen man Wasser in unserer gemeindt in ein Dorff bedarf durch ein gut in tücheln zu führen, so ist des guts Her schuldig, das Wasser durch sein Gut zu führen lassen." Es folgen dann nähere Bestimmungen über die Tiefe des Grabens und den Ersatz des dadurch an Feldfrüchten verursachten Schadens.

§ 236.

Wasserbenutzungsrecht.

Wenn zu Winterszeiten die öffentlichen oder Privat-Brunnen an Wassermangel leiden, so hat jeder Nachbar das Recht, den nächsten Brunnen, so weit es ohne erhebliche Benachtheiligung seines Eigenthümers geschehen kann, sowohl zur Viehtränke als zu seinen Haushaltungsbedürfnissen zu benutzen, ist aber pflichtig, sich an der Reinigung und, wenn die Mitbenutzung längere Zeit dauerte, auch an der Unterhaltung des Brunnens in billigem Maße zu betheiligen. [1])

Kein Grundeigenthümer darf durch Graben oder Anlagen auf seinem Boden dem vorhandenen Brunnen eines Andern das nöthige Wasser entziehen oder denselben verunreinigen. [2])

[1]) Es entspricht diese Bestimmung unseren bereits bestehenden, in den nachbarlichen Verhältnissen begründeten Uebungen. Sie erinnert an den altschweizerischen „Tränkeweg", welcher sowohl das Recht auf Wasser als auf ein Wegrecht für das Vieh in sich schloß und Jedem gesetzlich zustand, der keine eigene Tränke in seinem Gute hatte, mit Bezug auf das zunächst gelegene ihm bequemste Wasser. Mitunter (z. B in Schwyz) war jedoch dieses Tränkerecht auf den Winter beschränkt (S. Blumer St. und R. G. I. 448).

[2]) Dieser Zusatz wurde von der zweiten Kommission nach Vorgang des Zürch. Ges beschlossen. Er bezweckt eine Vermittlung zwischen dem freien Verfügungsrecht des Eigenthümers auf seinem Grund und Boden und einem bereits vorhandenen Besitzstand des Nachbars.

§ 237.

Nachbarschaft größerer Pflanzen.

Waldbäume und große Zierbäume, wie Pappeln, ferner Nußbäume, dürfen nicht näher als 18 Fuß, sog. zahme Obstbäme nicht näher als 12 Fuß,[1]) Zwerg- und Geländerbäume nicht näher als 2 Fuß, Weinreben, lebendige Häge[2]) und Gesträuche nicht näher als 1 Fuß an das nachbarliche Grundstück gepflanzt werden. Ist letzteres ein Weingarten, so dürfen hochstämmige Bäume nicht näher als 24 Fuß an denselben gepflanzt werden. Das Einspruchsrecht gegen zu nahes Pflanzen von Bäumen erlischt nach fünf Jahren. Auf dermalen schon vorhandene Pflanzen so wie auf Waldungen und bestehende Alleen findet diese Bestimmung keine Anwendung.

Wenn Aeste über des Nachbars Grundstück hangen, so kann dieser entweder die überfallenden Früchte behalten oder das Abschneiden der Aeste, so weit sie in seinen Luftraum ragen, verlangen.[3])

[1]) Der von der ersten Kommission genehmigte Entwurf setzte einfach für „hochstämmige Bäume“ (ohne besondere Unterscheidung der „zahmen Obstbäume“) eine Entfernung von 12 Fuß fest, welche gegenüber Weingärten nur „auf der Sonnenseite“ verdoppelt werden sollte. Die zweite Kommission traf jedoch obige Aenderungen.

Das Soloth. Ges. § 796 schreibt eine Entfernung hochstämmiger Bäume von 8 Fuß vor, der *Code Napol.* Art. 671 eine solche von 6 Fuß, das Zürch. Ges. (von welchem sich die zweite Kommission vorzugsweise leiten ließ) eine solche von 25 Fuß resp. 12 Fuß.

[2]) Schon in altdeutschen Statuten war für lebendige Häge eine Entfernung, und zwar von $1^1/_2$ Fuß von des Nachbars Gut vorgeschrieben, welcher Zwischenraum denn auch in den „Tropffall“ des Anpflanzers gehörte, somit von dem Nachbar nicht benutzt werden konnte (Grimm deutsche R. A. pag. 549).

[3]) Es ist dieses das altdeutsche sog. „Anries“, wobei zwischen „Ueberhang“ und „Ueberfall“ unterschieden wurde, und zwar so, daß unter Ueberhang auch die überhangenden Früchte und unter Ueberfall auch das überfallende Holz (nicht nur die Aeste, sondern auch der Baum selbst) verstanden wurde. Nach verschiedenen deutschen Statuten gehörte beim Ueberhang so viel dem Eigenthümer des Baumes als ihm beim starken Anziehen der Aeste „folgen“ mochte, das Uebrige gehörte dem Nachbar (Grimm deutsche R. A. pag. 551).

Anmerk. Nach dem Klosterser L. B. durften keinerlei Fruchtbäume näher als „zechen Wärschuh auf Zihl und Marchen“ gesetzt werden, widrigenfalls der Nachbar das Anries- und Ueberfallsrecht geltend machen konnte, sonst aber nicht — Die Stat. von Fürstenau und Ortenstein verboten, Bäume näher als 2 Kl. an eines Andern „Gut oder Gemäuer“ zu setzen oder aufwachsen zu lassen und verpflichteten den Eigenthümer, die Aeste, „die dem andern Schaden thäten, abzuhauen, sein Gerechtigkeit vorbehalten.“ „Wan Einer Baum hat wild oder zahm auf seinem Gut und über sein Gut hinaus auf eines andern Gut langend gleichlich getheilt werden, doch soll der, dessen der Stock des Baumes nit ist, die Aest nit abhauen, es wäre denn Sach, daß solche Aest ihm an seinen Gemechern Schaden thäten oder zuzubauen Irreten, was aber die Aest anbelangt, so auf eines andern gefreiten Gut langet, als Baum-, Wein- und Krautgarten, solle derjenige, dessen der Garten ist, und durch selbige Aest der Schaden geschieht, die Wahl haben, die Aest abzuhauen oder den Abriß des Obstes allein zu genießen. Was aber abgelesen oder abgeschüttelt wird, solle zugleich getheilt werden. Was aber auf die All-

mend fallen thut, gehört deme, deß der Baum ist." Das alte Churer St. R. (1549) enthielt hierüber folgende Grundsätze:

1) Wenn Nuß- oder Kirschbäume einem benachbarten Wein- oder Krautgarten schaden, so muß er sie dem Besitzer des letztern zu kaufen geben und abhauen. 2) Was aber andere Bäume anbelangt, es seien Apfel- oder Kirschbäume, die schon stehen und „so einer nit entwehren will" mag er durch das Präfektengericht die Stangen an der March lassen aufrichten und alsdann die überhängenden Aeste lassen abhauen oder sie stehen lassen und „den Abriß und Frucht allein genießen, es falle oder er lese es ab." 3) In Zukunft sollen Aepfel- und Birnbäume nicht näher als 2 Werkschuh an den Wein- oder Krautgarten gesetzt werden. 4) Das Abriß, so in des Nachbars Baumgarten fallt, soll dem Eigenthümer des letztern allein gehören. Was man aber „abschüt oder ablist" soll jedem zur Hälfte gehören. Eben so wenn das Nachbargut Wiese oder Acker ist.

§ 238.

Einfriedungen.

Holzwände, Mauern und sog. todte Hecken, welche die Höhe von 5 Fuß nicht übersteigen, darf der Grundeigenthümer an der Grenze seiner Grundstücke anlegen. [1])

Einfriedungen (Mauern, Zäune, Hecken), sowie Bäume, welche auf der Grenze zweier Grundstücke stehen, sind im Zweifel als gemeinschaftliches Eigenthum der beiden Grundeigenthümer anzusehen [2]) (§ 208).

Von Einfriedungen gänzlich eingeschlossener Grundstücke wird, wenn das anstoßende nicht ebenfalls ein Einfang ist, vermuthet, daß sie Zubehör der eingeschlossenen Grundstücke seien.

Von Einfriedungen, welche Grundstücke gegen Straßen, öffentliche Plätze, Waldungen und Allmenden abschließen, wird vermuthet, daß sie Zubehör der eingeschlossenen Grundstücke seien. [3])

Von Mauern, Erd- und Steinwällen, welche zur Festhaltung der Erde eines Grundstücks dienen, wird vermuthet, daß sie Zubehör des letzteren seien.

[1]) Für den Fall, daß die Einfriedung die Höhe von 5 Fuß überschreiten sollte, kann nach dem Zürch. Ges. (§ 593) „der Nachbar begehren, daß sie je um die Hälfte der Höhe über 5 Fuß von der Grenze entfernt werden." Eine höhere Einfriedung wird indeß selten Bedürfniß sein. Obige Bestimmung findet natürlich keine Anwendung auf Mauern, welche an haldigen Stellen das Erdreich zu halten bestimmt sind.

[2]) Hiemit ist zugleich gesagt, daß die Unterhaltungspflicht den beiden Anstößern zu gleichen Theilen obliege Es wird aber durch diesen Grundsatz nur eine Rechtsvermuthung ausgesprochen, was natürlich den Beweis nicht ausschließt, daß die scheidende Einfriedung nur von dem einen Anstößer zu unterhalten sei. Steht die Einfriedung ausschließlich auf dem einen der beiden anstoßenden Grundstücke, so ist sie selbstverständlich Zubehör des ersteren.

Nach altschweizerischem Recht mußte jeder Anstößer dem andern „halben Fried, Hag oder Zaun" geben, d. h. es mußten Grenzhäge oder Grenzmauern von beiden zu gleichen Theilen erstellt werden. (Blumer St. u. R. G. I. 443.)

[3]) Vgl. *Code Napol.* Art. 670.

Anmerk. Davoser L B.: „Wo zwee Sonderweiden hettend, die an einander stießend' soll jetwederer halben Zun machen; wo aber einer liegend Guot hette,

das an gemeine Weiden oder Sonderweiden stieße, soll einer allein zühnen." St. v. Fürst. und Ort.: „Die Höff sollen allwegen den andern Gütern zünen, Kraut- und Weingarten sollen den Baumgarten zünen und die Baumgarten den andern gütern." Wo dagegen zwei Grundstücke der nämlichen Kategorie an einander stoßen, soll jeder die Hälfte zäunen.

§ 239.

Raine und Gräben.

Wenn ein Rain (Bord) oder ein Graben zwei Grundstücke trennt, so wird die Mitte des Raines oder des Grabens als deren Grenze vermuthet, in sofern sie nicht anders auszumitteln ist. [1])

[1]) Die Rechtsvermuthung spricht demnach nicht dafür, daß der Rand des Raines oder Grabens die Grenze bilde.

Anmerk. Die Stat. von Obtasna (P. 42) enthielten verschiedene Vorschriften hinsichtlich der Abgrenzung der Aecker und der Richtung der Furchen (die in der Ebene gleichlaufen sollten). Die Bergüner St. (Art 37) schrieben vor: a) es sollen die Nachbaren wo möglich auf ihrem Eigenthum den Pflug kehren; b) der obere solle keinen Bord (non dess lascher crüa) lassen (?) (nach unten); c) der untere solle die Erde seines Ackers hinaufziehen; d) der untere soll einen (oberhalb) bestehenden Ackerbord nicht bepflügen oder untergraben, sondern 1/2 Elle von dem Markstein fern bleiben; e) beim Pflügen solle 1 Fuß um den Markstein frei gelassen werden. — Eben so Obervazer Stat.

§ 240.

Markung.

Jeder Eigenthümer eines Grundstückes ist berechtigt, seine Anstößer zu der gemeinschaftlichen Bezeichnung der Grenze (Markung) oder zur Erneuerung unkenntlich gewordener Grenzzeichen (Marken) anzuhalten.

Zu dieser Markung kann die amtliche Dazwischenkunft, sei es eines oder mehrerer Mitglieder des Kreisgerichtes, sei es eines oder mehrerer von letzterem bestellten beeidigten Marker, verlangt werden. [1]) Geschieht dies, so kann, wenn ein Betheiligter auf amtliche Ladung nicht zur Markung erscheint, dieselbe auch in seiner Abwesenheit vorgenommen werden, so jedoch, daß ihm der Beweis der unrichtigen Markung vorbehalten bleibt.

[1]) Das Marchen ist ein Gegenstand der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit und kommt somit naturgemäß den Kreisgerichten zu, welchen auch die Bestellung eigener Marker zusteht. — Es versteht sich, daß wenn über die Grenzen Streit entsteht, hierüber die ordentlichen Gerichte entscheiden müssen.

Anmerk. Die Bestellung eigener Marker (termaduors) geschah nach alter bündnerischer Uebung und zum Theil auch statutengemäß durch die Gemeinden. Die Obervazer Stat (94) machten allen Gutsbesitzern das Marken „im Beysein der Gegenparteyen und Anstößer" bei Buße zur Pflicht. Nach den nämlichen Stat. mußten Steinhaufen 1 Werkklafter von den Marken entfernt bleiben.

§ 241.

Entfernung von Gebäulichkeiten.

Durch Gebäulichkeiten (Häuser, Ställe, Schöpfe, Magazine) darf

in keiner Weise (z. B. auch nicht durch Altanen, Erker und Dachflügel) und mit keinen Anstalten (z. B. durch Dachkänel) in des Nachbars Luftsäule [1]) oder Boden übergegriffen werden.

Auf unüberbautem Boden [2]) darf, Bauplätze an Gassen mit zusammenhängenden Häuserreihen vorbehalten, nicht näher als 8 Fuß an des Nachbars Grenze gebaut werden. Gegenüber einem bereits bestehenden Gebäude muß aber jedenfalls die Entfernung von 12 Fuß von demselben eingehalten werden. [3])

Wenn ein beabsichtigter Bau wenigstens 30 Tage bevor er begonnen wird, im Profile ausgesteckt wird, [4]) so sind die benachbarten Eigenthümer, sofern die Aussteckung den Bau richtig anzeigte und für sie leicht wahrnehmbar war, dem Baulustigen vollen Schadensersatz schuldig, wenn sie ihr Einspruchsrecht erst nach begonnener Arbeit geltend machen. [5])

[1]) Vgl. § 185. Diese Luftsäule wird durch des Nachbars Dachrand oder, nach altdeutschem Ausdruck, „Tropffall" begrenzt. („Ein jeglicher Mann, der Haus und Hof hat, der hat Gewalt und Friede als ferne als seine Traufe fällt.")

[2]) Vgl. Zürch. Ges. § 599. Wo eine Gebäulichkeit schon steht oder stand, da hat sich hinsichtlich der Entfernung ein Besitzstand gebildet, der zu achten ist, immerhin mit Vorbehalt der Bestimmung des § 243.

[3]) Wenn demnach das Nachbarhaus z. B. 1 Fuß hinter der Grenze steht, so darf das neue Haus nicht näher als 11 Fuß an die Grenze gebaut werden.

[4]) Die Aussteckung ist hier nicht obligatorisch vorgeschrieben; es mag dies allfällig durch Ortsstatuten geschehen.

[5]) Die Versäumniß des Einspruchsrechtes während der Aussteckung hat demnach nicht dessen Verwirkung, sondern blos die Pflicht zum Schadensersatz zur Folge.

Anmerk. Die für Neubauten einzuhaltende Entfernung von 12 Fuß von dem Nachbarhaus steht in Uebereinstimmung mit der Rechtsübung in Chur. — Nach den Stat. von Fürst. und Ort. durfte nicht näher als 1 Fuß an die Marken des Nachbars gebaut werden. — Nach dem Obervazer Landb konnte Einer „auf seiner Hofstatt, mit Einschluß der Dachtraufe und eines Werkschuhs dazu, bauen wie er wollte, sonst aber einem Andern ohne Schaden." Das Klosterser L. B. bestimmte: a) für Aufführung von Gebäulichkeiten eine Entfernung von 4 Fuß von des Nachbars Grenze; b) es solle Niemand dem Andern die Aussicht aus seinem Haus auf die Landstraße oder öffentliche Plätze verbauen; c) es dürfe dem nachbarlichen Gebäude nicht Licht und Sonne benommen werden; d) alte Hofstette dürfen nicht von größerem Umfang und höher als das alte Gebäu gewesen, bezimmert werden, wenn solche dem Nachbar Schaden bringen sollte; e) Steg und Weg oder gemeinsame Plätze dürfen nicht verbaut werden. — Nach den Stat. von Remüs mußten bei Neubauten Dachrand (pensla) und Traufe (stanschaint) innert der Marchen zu stehen kommen und durfte der Stube des Nachbarhauses nicht das Licht entzogen werden.

§ 242.

Lichtentzug.

Wer, selbst mit Innehaltung der gesetzlichen Entfernung, durch einen Neu- oder Höherbau einem benachbarten Grundstück durch Entzug des Sonnenlichtes oder einem Nachbargebäude durch Entzug

von **Heiterkeit** (Helle) einen solchen Nachtheil verursacht, daß dessen Werth um mehr als den achten Theil verringert wird, ist über diesen Betrag hinaus dem Eigenthümer der benachtheiligten Liegenschaft zu Schadensersatz verpflichtet, vorausgesetzt, daß letzterer innert 3 Jahren nach äußerer Erstellung des Baues eingeklagt werde.[1])

Auf Gebäulichkeiten in zusammenhängenden Häuserreihen findet obige Bestimmung nur mit Rücksicht auf den Höherbau Anwendung.

[1]) Wegen Verbauung der **Aussicht** oder des **Sonnenlichts** (gegenüber Häusern) besteht somit keine Entschädigungspflicht, sondern nur wegen Entzuges von **Helle**, insofern hiedurch das Nachbarhaus mindestens $1/8$ seines Werthes verlöre. Begreiflich kommt es hiebei sehr darauf an, wozu die verdunkelten Räumlichkeiten dienen. Die Verdunkelung einer Küche z. B. wird weit weniger empfindlich sein als diejenige einer Wohnstube oder gar einer Werkstätte. Die in Betracht kommenden Umstände zu berücksichtigen, ist Sache der **Schätzung**. Der Entwurf hatte diese Entschädigungspflicht, wie mir dünkt billiger, schon mit der Entwerthung von $1/10$ eintreten lassen. Nachdem nun letztere von der zweiten Kommission auf $1/8$ erhöht wurde, würde z B. ein Haus, das vor Erstellung des Nachbarhauses Fr. 48,000 werth gewesen wäre, durch diesen Bau aber um Fr. 10,000 entwerthet wird, blos eine Entschädigung von Fr. 2000 erhalten.

Gegen den **Bau** selbst, insofern dieser die gesetzliche Entfernung einhält, gibt es somit auch wegen Verdunkelung kein **Einspracherecht**; wogegen das **Zürch**. Ges. § 601 ein Einsprachsrecht gegen einen beabsichtigten Bau für den Fall zuläßt, daß dadurch eines oder mehrere Zimmer oder Räume u. s. w. verdunkelt würden.

§ 243.

Zwanzigjähriges Baurecht.

Hofstätten behalten 20 Jahre ihre Baurechte, in dem Sinne zwar, daß der Wiederaufbau des zerstörten Hauses innert 20 Jahren nachdem dieses zerstört wurde, ohne Rücksicht sowohl auf die in § 241 vorgeschriebene Entfernung als auf allfälligen Entzug von Sonnenlicht und Heiterkeit erfolgen darf. [1])

Eben so kann der Eigenthümer eines Hauses innert 20 Jahren nachdem sein Nachbar höher baute auch seinerseits höher bauen, ohne dadurch, wenn er selbst keine Entschädigung wegen Entzuges von Heiterkeit erhielt, zu einer solchen verpflichtet zu werden. [2])

[1]) 20 Jahre lang behält eine Hofstatt ihr Baurecht. Wenn daher auch mittlerweilen das Nachbarhaus Fenster ausgebrochen hätte, so würde solches den Eigenthümer der Hofstatt nicht hindern, durch Wiederaufbau des zerstörten Hauses jene Fenster zu verbauen, ohne zu Entschädigung wegen Entzugs von Heiterkeit verpflichtet zu sein. Es erstreckt sich aber dieses Recht nur auf den „Wiederaufbau des zerstörten Hauses“, somit bis auf die Höhe, die es ehemals hatte. Will er **höher** bauen, so würde allerdings § 242 in Anwendung kommen.

[2]) Wenn von zwei Nachbaren A und B der erstere sein Haus um einen Stock erhöht, so kann der Vorstreich, den er faßt, ihm gegenüber dem B nicht mehr Rechte geben als er sonst hatte, beziehungsweise dem B die Rechte, die er sonst hatte, nicht verkürzen. B kann daher seinerseits auch höher bauen, ohne Rücksicht darauf, ob er dadurch die Fenster des nachbarlichen Höherbaues verdunkelt oder (wenn es zusammenhängende Häuser sind) gar verbaut. Nur wenn B für die Verdunkelung seines Hauses durch den Höherbau des A von diesem sich hätte (nach § 242) **entschädigen** lassen, so müßte er auch seinerseits den Nachbar für eine durch seinen Höherbau er-

folgende Verdunkelung des Hauses nach Anleitung des § 242 entschädigen. Wenn aber B 20 Jahre verstreichen ließe, ohne auch seinerseits höher zu bauen, so ist sein besonderes Baurecht verjährt und greift die Bestimmung von § 242 unbedingt Platz.

§ 244.

Andere bauliche Benachtheiligungen.

Misthaufen, Schweineställe, Abtritt- und Düngergruben und andere den Gebäulichkeiten nachtheilige Anstalten dürfen nicht näher als 5 Fuß an die nachbarlichen Mauern gerückt werden, es wäre denn, daß letztere auch bei geringerer Entfernung durch geeignete Vorrichtungen vor jedem Schaden bewahrt würden. [1])

Kamine, Feuerherde und Oefen dürfen nicht so angelegt werden, daß die nachbarliche Gebäulichkeit dadurch gefährdet wird. [2])

Neue Thüren, welche unmittelbar auf des Nachbars Boden führen, dürfen ohne dessen Einwilligung nicht angelegt werden. [3])

An Gebäulichkeiten, die unmittelbar an des Nachbars Grenze stehen, dürfen Fenster bis auf die Höhe von 10 Fuß über dem nachbarlichen Boden ohne Bewilligung seines Eigenthümers nicht anders neu angebracht werden, als wenn sie vergittert werden. [4])

1) Oft ist es z. B. durch Ausstreichen gut gemauerter Tombine und Behälter mit Cement möglich, dieselben für den Nachbar ziemlich unschädlich zu machen.

2) Das Urtheil Sachverständiger wird hierüber maßgebend sein.

3) Weil sie leicht zum Entstehen einer ursprünglich unberechtigten Wegservitut führen und überhaupt dem Nachbar die ungestörte Benutzung seines Grundstücks verkümmern. Vgl. Preuß. L. R. I. 8. § 148.

4) Durch diese Vorrichtung wird das Hinaussehen, Hinauswerfen von Gegenständen und das Ein- und Aussteigen durch das Fenster verhindert oder wenigstens erschwert. Einige Gesetze (z. B. Luzerner Ges. § 317) schränken sogar das Recht ein, in einer unmittelbar an des Nachbars Boden stehenden Mauer Fenster zu öffnen.

5) Die Poschiaver St. (III. 2) verboten bei Buße und Schadensersatz näher als 1 Elle (un brazzo) an einer fremden Mauer oder fremdem Fundament zu graben oder sonst etwas vorzunehmen, wodurch „esso muro, fondamento o terra rovinasse o peggiorasse."

§ 245.

Gemeinschaftliche Scheidemauer.

In einer, zweien Gebäuden gemeinschaftlichen Scheidemauer darf jeder Miteigenthümer, nach vorangegangener Anzeige an den andern, bis auf die Hälfte ihrer Dicke Balken einlassen, oder Vertiefungen anbringen, vorausgesetzt jedoch, daß dieselbe hiedurch nicht erheblich geschwächt werde.

Scheidemauern zweier Gebäude werden im Zweifel als gemeinschaftlich vermuthet.

§ 246.

Betreten fremden Bodens.

Das Betreten fremden Bodens zur Ausbesserung oder Wieder-

herstellung einer Einfriedung oder Gebäulichkeit oder zur Reinigung der letzteren ist, so weit solches zu diesem Behufe unerläßlich ist, von dem Nachbar gegen Ersetzung des dadurch verursachten Schadens zu gestatten. [1]

[1]) Es ist dies das deutsche sog. „Hammerschlagsrecht", schließt aber in sich das sog. Leiterrecht, d. h das Recht, auf dem Nachbarboden eine Leiter oder ein Gerüst zur Ausbesserung eines Gebäudes zu stützen.

§ 247.

Schadhaftigkeit fremder Liegenschaften.

Wenn der gefährliche oder schadhafte Zustand einer fremden unbeweglichen Sache den Eigenthümer einer benachbarten Liegenschaft mit Schaden bedroht, [1]) so kann dieser, wenn nicht auf polizeilichem Wege der Gefahr begegnet wird, von dem Eigenthümer des ihn bedrohenden Gegenstandes verlangen, [2]) daß er ihn gegen Schaden sicher stelle, [3]) und, wenn dieses nicht geschieht, unter amtlicher Mitwirkung auf Kosten seines Eigenthümers die nöthigen Vorkehruugen treffen, um den ihm drohenden Schaden abzuwenden. [4])

[1]) Wenn z. B. ein Nachbarhaus den Einsturz droht, ein Wuhr durch seine schlechte Beschaffenheit das untere bedroht u. s. w.

[2]) Es wird dieses Begehren am besten durch Vermittlung des Amtes gestellt werden. Im Zweifel, ob die angeblich schadhafte Sache wirklich dem Nachbar Gefahr drohe, werden amtliche Experten diese Frage entscheiden.

Wird diese Intimation von dem angeblich Bedrohten unterlassen, so bleibt diesem für den Fall, daß der befürchtete Schaden wirklich eintreten sollte, seine Schadensklage (vermöge § 470) noch immer vorbehalten; nur wird ihm alsdann der Beweis sei es von der Schadhaftigkeit der Sache (z B. eines weggerissenen oberen Wuhrs) sei es von der Verschuldung des Eigenthümers (daß er die Schadhaftigkeit kannte oder kennen mußte) unter Umständen erschwert sein.

[3]) D. h. die schadhafte Mauer niederreiße oder wiederherstelle oder sonst genügend sichere, das Wuhr ausbessere u. s. w. Unter Umständen wird auch dem befürchteten Schaden annähernd entsprechende Kautionsleistung angemessen sein.

[4]) Es wird alsdann das Amt, nöthigenfalls nach Einholung des Gutachtens Sachkundiger, entweder von sich aus die zur Sicherung des Nachbars erforderlichen Vorkehrungen treffen oder den Gefährdeten, gutfindenden Falls unter amtlicher Kontrolle, zur Ausführung derselben ermächtigen.

Anmerk. Die Poschiaver Stat. enthielten eine ähnliche Bestimmung mit Rücksicht auf schadhafte Häuser (case rovinose) wonach, wenn ihr Eigenthümer sie nicht niederriß oder herstellte oder dem Nachbar Bürgschaft für die Wiederherstellung und den allfälligen Schaden leistete, der Podestà sie niederreißen lassen konnte.

Zweites Kapitel.

Vermöge besonderer Willensakte.

(Dienstbarkeiten, Servituten.)

§ 248.

Entstehung und Arten der Dienstbarkeiten.

Abgesehen von den durch das Gesetz verfügten Beschränkungen des Eigenthumsrechtes können solche durch besondere Willensakte, durch Vertrag, Testament und Ersitzung, begründet werden und heißen alsdann Dienstbarkeiten (Servituten).[1])

Die Dienstbarkeiten sind entweder:

a. Grunddienstbarkeiten (Realservituten), wenn damit eine Liegenschaft zu Gunsten einer andern Liegenschaft belastet wird; oder

b. persönliche Dienstbarkeiten (Personalservituten), wenn damit eine (bewegliche oder unbewegliche) Sache zu Gunsten einer (physischen oder juristischen) Person belastet wird.[2])

Die ersteren werden von den jeweiligen Eigenthümern der berechtigten Liegenschaft, die letztern nur von den berechtigten Personen ausgeübt.[3]) Jene und diese können auch nur auf Widerruf oder auf eine bestimmte Zeitdauer ertheilt werden, was aber nie vermuthet wird.

[1]) Es liegt im Begriffe der Servitut, daß sie sich nur auf die Nutzung, nicht aber auf die Substanz oder Wesenheit einer Sache bezieht. Dessenungeachtet sind Fälle gedenkbar, in denen es streitig werden kann, ob es sich um eine Servitutsberechtigung oder um ein Eigenthums- bez. Miteigenthumsrecht handle. Namentlich ist dies in unserm Kanton bei Waldungen gedenkbar, an denen der Eine das Waldrecht, der Andere dagegen Grund und Boden (nebst Weid- und Streurecht u. s. w.) besitzt. Wenn nun jenes Waldrecht nicht etwa blos ein Beholzungsrecht (zum eigenen Bedürfniß) ist, sondern ein selbständiges Verfügungsrecht (so weit dieses nicht durch Forstgesetze eingeschränkt ist) über sämmtliche jeweilen stehende und nachwachsende Bäume in sich schließt; so kann die Frage entstehen, ob dieses Waldrecht ein bloses Servitutsrecht oder nicht vielmehr ein Eigenthumsrecht sei? (Vgl. Anm. 1 zu § 208.) Nicht identisch hiemit ist der Fall, in welchem ein Wald zur Abholzung verkauft wird. Offenbar erhält nämlich alsdann der sog. Käufer, wenn nicht eine eigentliche Eigenthumsübertragung gemäß der für Liegenschaften geltenden Vorschriften (§ 186) erfolgte, kein dingliches Recht an den stehenden Bäumen, sondern blos ein persönliches Haurecht, d. h. ein Recht, durch den Hieb an den abgetrennten Stämmen Besitz und Eigenthum zu erwerben.

Viele Gesetzgebungen verlangen zur gültigen Erwerbung von Servituten deren Eintragung in das Grundbuch, wenigstens der nicht mit körperlichen Anstalten (wie Wasserleitungen u. s. w.) verbundenen. Da eine solche obligatorische Eintragung bei uns eine allzu tief greifende Störung in den bestehenden Rechtsübungen hervorbrächte, wurde davon Umgang genommen. Einer freiwilligen Eintragung kann auch bei uns nichts im Wege stehen, doch kann derselben keine andere rechtliche Wirkung als die des erleichterten Beweises und der größeren Klarheit beigelegt werden.

²) Diese Begriffsbestimmung ist um Vieles weiter als diejenige des röm. Rechts, das nur den Gebrauch und Nießbrauch und das Wohnrecht als persönliche Servituten und überdies nur physische Personen als servitutberechtigt kennt. Allein es ist eben so wenig abzusehen, warum nicht jede Servitut (z. B. ein Weidrecht, die Verpflichtung nicht höher zu bauen u. s. w.) auch nur zu Gunsten einer Person bestellt werden als warum nicht juristische Personen eben so gut wie physische servitutberechtigt sein sollten. Die Grundzüge zu dieser freieren Anschauung liegen schon im deutschen Recht, welches die Eigenthumsbeschränkungen überhaupt sehr begünstigt und auch keinen Anstand nimmt, einer Korporation oder Genossenschaft eine servitutliche Weg-, Weide-, Wasser- oder Holzberechtigung einzuräumen. Vgl. Bluntschli d. P. R § 86 u. österr. Ges. §§ 471 u. 478. — An solchen, Korporationen und Genossenschaften zukommenden Servituten ist namentlich unser Kanton sehr reich.

³) Im Allgemeinen wird nicht die Servitut, sondern die Feiheit des Eigenthums vermuthet und muß daher erstere erwiesen werden, es wäre denn, daß die Umstände (z. B. das Vorhandensein der zu Ausübung der Servitut dienenden Anstalt) eine entgegengesetzte Vermuthung begründen.

§ 249.

Die gewöhnlichsten Dienstbarkeiten.

Die gewöhnlichsten Dienstbarkeitsrechte sind: ¹) das Recht, sein Gemäuer oder Gebäude auf ein fremdes zu stützen, Fenster in der fremden Wand zu öffnen, die Dachtraufe auf das Dach oder den Boden eines Andern zu leiten, den Nachbar zu hindern, höher zu bauen oder Fenster an seiner Wand auszubrechen oder dem herrschenden Gebäude Licht und Aussicht zu benehmen; ferner das Recht, über fremden Boden zu gehen, Vieh zu treiben, zu fahren oder Wasser zu leiten; an einem fremden Brunnen zu tränken, auf einem fremden Grundstück die Weide zu benutzen, in einem fremden Walde sich zu beholzen, Streue oder Laub zu rechen; endlich das Nießbrauchs-, Gebrauchs- und Wohnrecht.

¹) Es sollen durch diese Aufzählung blos die am häufigsten vorkommenden Dienstbarkeiten namhaft gemacht, keineswegs aber andere ausgeschlossen werden.

A. Allgemeine Grundsätze.

---

§ 250.

Ausübung der Dienstbarkeiten.

Eine Dienstbarkeit kann nur so weit ausgeübt werden als sie

erweislich besteht. [1]) Das Fußsteigsrecht gibt daher noch nicht das Recht, über das fremde Grundstück zu reiten, dieses nicht dasjenige zu fahren, und das Fahrrecht nicht dasjenige, schwere Lasten zu schleifen u. s. w. [2])

Dagegen kann der Dienstbarkeits=Berechtigte alle diejenigen Handlungen, welche zu Ausübung seines Rechtes unerläßlich sind, vornehmen. [3]) So ist z. B. derjenige, der das Recht hat, Wasser durch ein fremdes Gut zu leiten, auch befugt, letzteres zu Herstellung der Leitung zu betreten.

[1]) Vgl. Anm. 3 zu § 248.

[2]) In dem Recht des Fuhr- oder Fahrweges ist somit auch nicht selbstverständlich das sog. Triftrecht (das Recht, Vieh über ein Grundstück zu treiben) inbegriffen, wenigstens so weit es sich um „ungefangenes" (frei laufendes) Vieh handelt.

[3]) Vgl. österr. Ges. §§ 496 und 497, *Code Nap.* Art. 696.

§ 251.

Diesfällige Vorkehrungen.

Die zu Ausübung einer Dienstbarkeit erforderlichen Vorkehrungen und Anstalten hat der Berechtigte, wenn nichts Abweichendes bedungen ist, selbst zu treffen. [1]) Nur so weit sie auch dem Verpflichteten zu Statten kommen, hat sich letzterer an den diesfälligen Kosten verhältnißmäßig zu betheiligen.

[1]) Wenn der Servitutspflichtige solche Anstalten zu treffen hat, so geht das Verhältniß in dasjenige der Reallast über.

§ 252.

Unveränderlichkeit von Dienstbarkeiten.

Durch Theilung oder sonstige Veränderungen der dienenden oder, wenn es sich um eine Grunddienstbarkeit handelt, der herrschenden Sache, kann weder die Last der Dienstbarkeit vermehrt noch das Recht derselben vermindert werden. [1]) Wohl aber kann der Belastete die Ausübung einer Dienstbarkeit an eine andere Stelle seiner Liegenschaft verlegen, wenn solches ohne Nachtheil für den Berechtigten geschehen kann. [2])

[1]) Selbstverständlich geht auch, wenn eine herrschende Liegenschaft getheilt wird, das bisher derselben zugestandene Servitutsrecht auf ihre Theile über. Siehe *Code Nap.* § 700, Zürcher Ges § 710. Vorausgesetzt wird hiebei selbstverständlich, daß ein solcher Uebergang auf die Theile, ohne daß dadurch die Servitut verändert oder erschwert würde, möglich sei.

Der sukzessive Gemeinatzungsloskauf hat zwar freilich die progressive Beschwerung der nicht losgekauften Grundstücke zur Folge, allein es liegt darin nur der Beweis, daß die Gemeinatzung nicht als ein rein servitutliches Verhältniß zu beurtheilen ist.

[2]) Das Luzerner Ges. § 329 knüpft dieses Recht des Verpflichteten an die Bedingung, daß die „ursprüngliche Anweisung dem Eigenthümer des dienstbaren

Gutes beschwerlicher geworden oder ihn etwa hinderte, nützliche Verbesserungen vorzunehmen."

§ 253.

Der Umfang einer Dienstbarkeit.

Im Zweifel hat bei Grunddienstbarkeiten das erweisliche Bedürfniß der herrschenden Liegenschaft, bei persönlichen Dienstbarkeiten das erweisliche persönliche Bedürfniß des Berechtigten als Maßstab für den Umfang einer Dienstbarkeit zu gelten.

§ 254.

Selbstverständliche Dienstbarkeiten.

Wenn mehrere angrenzende, bisher demselben Eigenthümer gehörig gewesene Liegenschaften verschiedenen Eigenthümern zufallen, oder eine Liegenschaft unter verschiedene Eigenthümer getheilt wird, so sind, wenn nichts anders bedungen wurde, diejenigen vorhandenen sinnlich wahrnehmbaren Einrichtungen (wie z. B. Dachkänel und Wasserleitungen), welche eine der abgetrennten Liegenschaften belasten und zur Benutzung der andern in bisheriger Weise unerläßlich sind, als Dienstbarkeiten anzusehen, die auf der ersteren zu Gunsten der letzteren lasten. [1])

[1]) Vgl. *Code Nap.* Art. 694, Soloth. Ges. § 788 und Zürch. Ges. § 711.

§ 255.

Ersitzung von Dienstbarkeiten.

Dienstbarkeiten können durch Ersitzung erworben werden, [1]) vorausgesetzt jedoch, daß folgende Umstände zusammentreffen:

a. Die zu ersitzende Servitut muß auf einem rechtlichen Erwerbstitel (wie namentlich Vertrag, Erbschaft oder Vermächtniß) beruhen;

b. sie muß von dem Ersitzenden in guten Treuen als ein ihm zustehendes Recht (also nicht blos in Folge gefälliger Zulassung des Eigenthümers der angeblich dienenden Sache) ausgeübt werden. Der gute Glaube wird im Zweifel vermuthet; [2])

c. sie muß ununterbrochen 20 Jahre lang ausgeübt worden sein.

Ist kein Erwerbstitel nachweisbar, so kann die Ersitzung unter den Voraussetzungen von b und c im Lauf von 40 Jahren erfolgen.

Dienstbarkeiten, die ihrer Natur nach sich zu Grunddienstbarkeiten eignen, werden im Zweifel nicht als persönliche, sondern als Grunddienstbarkeiten ersessen.

[1]) Diejenigen Gesetzgebungen, welche, wenigstens für die nicht mit körperlichen Anstalten verbundenen Servituten deren Eintragung in das Grundbuch verlangen, lassen begreiflich für selbe keine Ersitzung zu. S. Preuß. L. R. I. 22. § 18, Berner Ges. § 453 und Zürch. Ges. 694.

Der *Code Nap.* § 691 und das Soloth. Ges. § 744 (welche die Eintragung in das Grundbuch freistellen) lassen die Ersitzung von Dienstbarkeiten die „nicht ständig oder in die Augen fallend sind" nicht zu.

Die nachfolgenden Bedingungen zur Ersitzung von Servituten entsprechen im Wesen denjenigen zur Ersitzung des Eigenthums (§ 202).

[2]) Es wird dies namentlich dann stattfinden, wenn die Servitut trotz des Widerspruchs des Verpflichteten oder, bei negativen Dienstbarkeiten, wenn der angeblich Verpflichtete eine Handlung in Folge Widerspruchs des angeblich Berechtigten unterläßt. Vgl. Oestrr. Ges. § 313 und Preuß. L. R. I. 22. § 14. Erst durch eine solche Ausübung einer Servitut als eines Rechtes erlangt man den Besitz derselben und kann somit die Erjährung beginnen. Vermuthet kann eine solche Besitznahme des Rechtes in der Regel nur unter den Voraussetzungen werden, unter welchen überhaupt zu Gunsten einer Servitut vermuthet werden könnte. Vgl. Anm. 3 zu § 248).

§ 256.

Unterbrechung der Ersitzung.

Unterbrochen wird die Ersitzung der Servitut: [1])

a. Durch freiwillige Nichtausübung. Doch ist aus der blos zeitweiligen-Nichtausübung einer Servitut nicht unbedingt der Verzicht auf den einmal begonnenen Erjährungsbesitz zu folgern.

b. Durch Erwirkung eines amtlichen Verbotes, vorausgesetzt, daß dieses in Rechtskraft übergeht.

Wurde die Ersitzung einer Servitut unterbrochen, so muß sie von Neuem begonnen werden.

Wird die Ausübung einer ersitzungsfähigen Servitut zeitweise physisch unmöglich, so wird die Ersitzung derselben nur in dem Sinn unterbrochen, daß die Zeit, während welcher jene Unmöglichkeit der Ausübung dauerte, für die Ersitzung nicht mitgerechnet wird. [2])

[1]) Vgl mit den nachfolgenden Bestimmungen diejenigen über den Verlust des Erjährungsbesitzes bei dem Eigenthum (§ 207).

[2]) Wenn z. B. der Hausbesitzer A 5 Jahre lang die Dachtraufeservitut an dem Nachbarhause ausübte, letzteres aber hierauf abbrennt und erst nach 10 Jahren wieder aufgeführt wird; so wird keine rechtliche Unterbrechung des Erjährungsbesitzes bewirkt, insofern dieser, nachdem das Haus wieder aufgeführt ist, fortgesetzt wird, aber es kommen jene 10 Jahre, während welcher die Servitut nicht ausgeübt werden konnte, eben so wenig der Dauer des Erjährungsbesitzes zu Statten. Der Erjährungsbesitz wird also während 10 Jahren einfach stillegestellt. Wenn freilich das Haus erst nach 20 Jahren wieder aufgeführt würde, so müßte der Erjährungsbesitz alsdann von Neuem begonnen werden, indem (zufolge § 257 Schlußlemma) mit Ablauf jener 20jährigen Frist sogar eine schon gültig erworbene Servitut unterginge.

§ 257.

Erlöschen von Dienstbarkeiten.

Nicht blos auf Widerruf oder auf bestimmte Zeitdauer ertheilte Dienstbarkeiten erlöschen, [1]) außer durch Vertrag und Verzicht und

(wenn sie persönlich sind) durch den Tod der berechtigten physischen und die Auflösung oder Erlöschung der berechtigten juristischen Person, insbesondere noch:

1. dadurch, daß der Berechtigte das Eigenthum der dienenden Sache oder der Eigenthümer der letzteren die Berechtigung erwirbt; [2])
2. durch Verjährung, d. h. durch zwölfjährige Nichtausübung der Dienstbarkeit.

   Diese Verjährungsfrist läuft erst [3]) von dem Zeitpunkte an, in welchem der Berechtigte Veranlassung gehabt hätte, die Dienstbarkeit auszuüben.

   Ist die Dienstbarkeit mit einer sinnlich wahrnehmbaren Anstalt verbunden (z. B. mit einem Dachkänel, der das Regenwasser in denjenigen des Nachbarhauses leitet), so läuft die Verjährung erst von der Wegräumung dieser Anstalt an.
3. Durch den Untergang der dienenden oder (bei Grunddienstbarkeiten) der herrschenden Sache.

Wird eine untergegangene dienende oder herrschende Sache (z. B. ein abgebranntes Haus) innert 20 Jahren wieder hergestellt, so wacht damit auch die Dienstbarkeit auf, die in Folge des Untergangs der Sache nicht ausgeübt werden konnte. [4])

[1]) Es versteht sich, daß die Gesetze, welche die Eintragung von Servituten in das Grundbuch fordern, die Löschung im letzteren als Bedingung zu ihrem Erlöschen erklären.

[2]) Z. B. der Eigenthümer A des mit einer Wegberechtigung zu Gunsten des Nachbargutes belasteten Grundstückes erwirbt das Nachbargut kauf- oder erbweise, so erlischt die Servitutrecht und es kann A somit das ehemals belastete Grundstück als frei von jener Servitut veräußern — mit Vorbehalt freilich der Bestimmungen über den Nothweg (§ 230).

[3]) Gesetzt z. B. es hat A ein Wegrecht zu Gunsten seines Grundstücks, er habe aber kein Bedürfniß, von demselben außer der Erndtezeit Gebrauch zu machen, so beginnt die Verjährung gegen ihn erst von dem Zeitpunkte der Erndte an zu laufen, sofern er alsdann trotz des augenscheinlichen Bedürfnisses keinen Gebrauch von dem Wegrecht macht, vielmehr die Frucht, statt auf dem kürzeren Wege, den er durch Ausübung der Servitut einschlagen könnte, auf einem Umwege heimführt.

[4]) Es entspricht diese Bestimmung derjenigen des § 243 über zwanzigjähriges Baurecht. Vgl. übrigens *Code Nap.* § 704 und Oesterr. Ges. 525.

B. Einzelne Dienstbarkeiten.

I. Das Weiderecht.

§ 258.

Dessen Ausübung.

Das Weiderecht kann im Zweifel nur mit dem, von dem

Futter des herrschenden Grundstückes gewinterten Vieh ausgeübt werden. [1])

Durch die einem Andern zustehende Weidberechtigung in einem Walde wird der Waldeigenthümer nicht gehindert, die zu dessen Bewirthschaftung nöthigen Vorkehrungen zu treffen. [2])

Wird in demselben eine künstliche oder natürliche Wiederverjüngung von dem Waldeigenthümer angeordnet, so ist dieser berechtigt, die zu verjüngende Strecke gegen die Weide abzuzäunen oder sonst zu schützen, hat aber dem Weidberechtigten für die Schmälerung der Weide im Verhältniß des ihr entzogenen Bodens volle Entschädigung und zwar für so lange zu leisten, als der Berechtigte in der Ausübung seines Weidrechtes verhindert wird. [3])

[1]) Vgl. Preuß. L. R. I. 22. § 90 und Oesterr. Ges § 499. — Bei uns gilt dieser Grundsatz sogar für Ausübung der Gemeinatzung.

[2]) Diese und die nachfolgende Bestimmung ergänzen den § 25 der Kantonalforstordnung.

[3]) Diese Entschädigungspflicht des Waldeigenthümers gegenüber dem Weidberechtigten begann zufolge der von der ersten Kommission beliebten Fassung erst dann, wenn er „sei es in einem Male sei es sukzessive mehr als ein Fünftel des dem Weidgang unterworfenen Waldbodens" zur Wiederverjüngung verwandte und erstreckte sich nicht auf den Fall, in welchem „die Wiederverjüngung von den Staatsbehörden aus schutzpolizeilichen Rücksichten (gegen Lawine, Erdschlipfe u. s. w.) angeordnet würde." Diese Fassung hatte nicht nur den Zweck, Waldkulturen zu erleichtern und Entschädigungsanstände wegen geringfügiger Verjüngungen nicht aufkommen zu lassen, sondern sie entsprach auch vollkommen der Gerechtigkeit, wenn man bedenkt, daß in allen unsern mit Weidrechten belasteten Waldungen — Dank hauptsächlich der Unterdrückung des Nachwuchses durch die Weide — der Weidberechtigte sich im Verlauf der Zeit auf Kosten des Holzwuchses gar sehr ausgedehnt hat, daher, wenn der Waldeigenthümer $1/5$ des Waldes ohne Entschädigung für die Weide verjüngen dürfte, dies nur als eine Zurückweisung des Weidberechtigten in die von ihm längst überschrittenen Grenzen seiner ursprünglichen Berechtigung angesehen werden kann. Aehnliche Grundsätze gelten übrigens auch in andern Kantonen. Es dürfte daher kaum als eine Verbesserung erscheinen, daß die zweite Kommission davon wieder abging.

§ 259.

Dessen Ablösbarkeit.

Das Weiderecht kann von dem belasteten Eigenthümer mit einer dem Werthe des ersteren entsprechenden Summe abgelöst (losgekauft) werden. [1])

Jede Bürgergemeinde kann, auch für die Minderheit verbindlich, den Loskauf der Gemeinatzung auf ihrem Gebiete beschließen. [2]) — So lange dies nicht erfolgte, ist es Sache der Losgekauften, ihre entlasteten Grundstücke durch Einfriedung oder Abhütung gegen den gemeinen Weidgang zu schützen.

Der Erlös des Loskaufs von der Gemeinatzung fällt jeweilen der atzungsberechtigten ökonomischen Gemeindekorporation, auf deren Gebiet dasselbe ausgeübt wurde, als Eigenthum zu.

[1]) Das Weidrecht ist eine namentlich für die Waldkultur sehr schädliche Last. Durch diese Bestimmung wird somit ein erheblicher forstwirthschaftlicher Fortschritt ermöglicht. Die Ermittlung des Werthes solcher Weiderechte wird meist Gegenstand von Expertisen sein.

[2]) Die Befugniß der Gemeinden, den obligatorischen Atzungsloskauf zu beschließen, wurde schon anerkannt in der Großrathsverhandlung vom 3. Juli 1851. Diese und die nachfolgende Bestimmung über den Atzungsloskauf erscheint übrigens nur alsdann gerechtfertigt, wenn man die Gemeinatzung nicht sowohl als eine Servitut im römischen Sinn ansieht, wonach sämmtliche der Gemeinatzung unterworfene Grundstücke als gegenseitig berechtigt und verpflichtet erschienen, denn vielmehr als Ausfluß der alten Markgenossenschaften (bei uns meist Nachpurschaften, Nachbarschaften genannt) betrachtet, in welchen das Weidrecht auf dem ganzen (vertheilten und unvertheilten) Gemeindegebiet den Markgenossen (Nachbaren) als solchen zustand.

§ 260.

Im Verhältniß zwischen Gemeinden.

Wenn einer Gemeinde oder Genossenschaft das Weiderecht auf dem, einer andern Gemeinde oder Genossenschaft gehörigen Boden (z. B. in dem einer andern Gemeinde gehörigen Walde) zusteht, so braucht die berechtigte Korporation sich die Ablösung ihres Weiderechtes nur gegen eigenthümliche Abtretung eines dem Werthe desselben entsprechenden Theiles der belasteten Liegenschaft gefallen zu lassen. [1]) Diese Vergünstigung kommt ferner allen, einer sog. „Schneeflucht" für das Vieh bedürftigen Privat-Alpbesitzern zu Statten. [2])

[1]) Vgl. Zürcher Ges. § 721. Selbst auf das Verhältniß zwischen Privaten dehnt diesen Grundsatz aus das Preuß. L. R. I. 17. § 341 ff. Diese Bestimmung hat besonderen Werth für die Ablösung der auf den Wäldern (die bei uns fast durchgängig Korporationen gehören) haftenden Weidservituten, zumal häufig das Grundeigenthum zwischen dem Wald- und dem Weidberechtigten streitig und rechtlich kaum auszumitteln ist.

[2]) Unter „Schneeflucht" versteht man bei uns den, eine Alp zunächst umgebenden Waldkranz, der zum Schirme des Viehs gegen die Unbill des Wetters (besonders gegen den Schnee) dient, sofern keine gedeckten Ställe vorhanden sind.

II. Das Beholzungsrecht.

§ 261.

Dessen Ausübung.

Das Beholzungsrecht darf unter allen Umständen nur innert den von der Forstwirthschaft und einem geregelten Betriebe gebotenen Schranken ausgeübt werden. [1]) Wenn durch üble Wirthschaft des Waldeigenthümers oder des Berechtigten eine erhebliche Beschränkung der Holznutzung nöthig wird, hat der Schuldige dem Unschuldigen je nach Beschaffenheit der Umstände entweder in der Holznutzung so lange nachzustehen, bis letzterer sein Recht wieder ungeschmälert ausüben kann, oder aber für die ihn (den Unschuldigen) treffende Beschränkung eine Entschädigung zu leisten. [2])

[1]) Der Beholzungsberechtigte kann nicht mehr Rechte beanspruchen als der Waldeigenthümer selbst, der sich ja auch die Beschränkung durch die Forstpolizei muß gefallen lassen.

[2]) Gesetzt, es habe die Gemeinde A ein Beholzungsrecht in dem, der Gemeinde B gehörigen, von letzterer wenig benutzten Walde, sie habe aber in demselben durch vieljährige Uebernutzung so arg gewirthschaftet, daß, um den Rückgang des Waldkapitals zu hemmen, die jährliche Nutzung erheblich herabgesetzt werden muß, so ist es billig, daß diese Reduktion diejenige Gemeinde treffe, welche sie durch Uebernutzung verschuldet hat, also die Gemeinde A. Sollte aber in Folge dieser üblen Wirthschaft der Gemeinde A sogar die Gemeinde B in ihrem bisherigen mäßigen Holzbezug beschränkt oder gar stillegestellt werden müssen, so wird diese überdies von der Gemeinde A für den ihr zugefügten Nachtheil Entschädigung verlangen können. Eben so auch umgekehrt, wenn die Herabsetzung der Holznutzung durch die Gemeinde B verschuldet worden sein sollte. Freilich wird die Ermittelung des Schuldantheils in solchen Fällen meist sehr schwierig sein und die schlechte Wirthschaft sogar gewöhnlich beiden Theilen zur Last fallen.

§ 262.

Dessen Ablösbarkeit.

Beholzungsrechte können von dem Waldeigenthümer abgelöst werden, und zwar so, daß dieser, je nach der Wahl des Servitutberechtigten, letzteren mit einem ihrem Werthe entsprechenden Geldbetrage oder durch eigenthümliche Abtretung eines ihrem Werthe entsprechenden Theiles der belasteten Waldung zu entschädigen hat. [1])

[1]) Diese Bestimmung gilt somit nicht blos im Verhältniß zwischen Korporationen und Genossenschaften, sondern auch im Verhältniß zwischen Privaten. Daß der Servitutberechtigte sich nur durch Abtretung eines entsprechenden Stückes Wald auslösen zu lassen braucht, ist hier um so gerechtfertigter als dem Bedürfniß des Berechtigten unter Umständen durch eine Geldleistung kein Genüge gethan ist. Diese Bestimmung wie diejenige des nächstfolgenden § (263) liegt im dringenden Interesse des Forstwesens.

III. Waldstreueberechtigung.

§ 263.

Deren Ablösbarkeit.

Jede auf einem Walde ruhende Servitutberechtigung, in demselben Streue, Laub, Gras oder Moos zu sammeln, kann durch den Waldeigenthümer unter den nämlichen Bedingungen wie die Holzberechtigung (§ 262) abgelöst werden.

IV. Der Nießbrauch.

§ 264.

Begriff.

Der Nießbrauch ist das Recht, von einer fremden Sache, unbeschadet ihrer Wesenheit, allen Nutzen zu ziehen, den man als Eigenthümer aus ihr ziehen könnte, [1]) also namentlich, die Früchte eines Grundstückes, Kapital-, Mieth- und Pachtzinsen, die Jungen einer Viehheerde sich zuzueignen [2]) und die Sache (z. B. eine Wohnung, Feld- und Hausgeräthschaften) zu gebrauchen. [3])

Wird der Nießbrauch an einem ganzen Vermögen oder an einer Quota desselben bestellt, so wird nur das, nach Abzug der Schulden übrig bleibende reine Vermögen als ganz oder theilweise dem Nießbrauch unterworfen angenommen.

[1]) Der Nießbraucher darf somit nicht die Substanz der in seinem Nießbrauch stehenden Sache verändern oder gar verschlimmern, z. B. nicht einen Weingarten in einen Acker oder einen Acker in eine Wiese verwandeln. (Vgl. § 266 3. Lemma).

[2]) Er kann aber auch dieses nur unbeschadet seiner Verpflichtung, die Heerde als Gesammtsache zu erhalten, also nur so weit als nicht die Nachzucht zur Ersetzung abgehender Stücke erforderlich ist.

[3]) Das Nießbrauchsrecht schließt somit auch das Gebrauchsrecht in sich. Wer z. B. den Nießbrauch eines Grundstücks hat, der hat nicht nur das Recht zum Fruchtbezug, sondern auch das Recht, zur Belustigung auf demselben sich zu ergehen.

Anmerk. Der lebenslängliche Nießbrauch wurde in der älteren Rechtssprache wohl auch Leibgeding geheißen. (So z. B. in der Urkunde vom 6. Juli 1275, wodurch der Bischof Conrad von Chur dem Freiherrn Walther von Vaz verschiedene Güter „nomine donationis secundum ius quod vulgariter dicitur Lipgedinge tempore vitae suae possidenda“ übergibt — Mohr Cod. dipl. I. Nr. 277.)

§ 265.

Rechte des Nießbrauchers an den Früchten.

Die im Augenblicke des beginnenden Nießbrauches noch nicht abgetrennten Feld- und Baumfrüchte gehören dem Nießbraucher, die im Augenblicke des aufhörenden Nießbrauches noch nicht abgetrennten dagegen dem Eigenthümer, und zwar ohne Verpflichtung zu gegenseitiger Ersetzung der auf dieselben verwendeten Saat- und Kulturkosten. [1])

Kapital-, Mieth- und Pachtzinse fallen dem Nießbraucher nach Verhältniß der Dauer seines Nießbrauches zu und werden ihm also innerhalb eines Zinsjahres nach Brüchen (pro rata) berechnet. [2]) Geht eine versicherte Sache (z. B. ein Gebäude durch Brand) unter, so gebühren, so lange dieselbe nicht wieder hergestellt wird, dem Nießbraucher die Zinsen der dem Eigenthümer ausbezahlten Assekuranzsumme.

[1]) Wenn also z. B. ein überlebender Ehegatte am 1. Oct. den Nießbrauch eines von dem verstorbenen hinterlassenen Weingartens antritt, so ist er berechtigt, die hangenden Trauben, ohne irgend welche Ersatzleistung an die Erben des Verstorbenen, zu erndten. Ebenso würde, wenn der Nießbraucher unmittelbar vor der Weinerndte stürbe, letztere, ohne alle Ersatzpflicht, den Erben des verstorbenen Ehegatten, als Eigenthümer des Weingartens, zufallen. Vgl. *Code Nap.* § 585 u. 586, dem auch das Soloth. und das Zürch. Ges. gefolgt sind. Das Oesterr. Ges. § 519 und mit ihm auch das Berner und Luzerner Ges. halten dagegen den Eigenthümer zur Ersetzung der Anbauungskosten der zur Zeit des aufhörenden Nießbrauches noch nicht abgetrennten Früchte an.

[2]) Wenn also eine Wittwe, welche Nießbraucherin eines Kapitals von Fr. 3000 ist, dessen Zinsen à 4% am 12. Dez. fällig werden, am 12. Sept. stirbt, so kommen 3/4 des Jahreszinses, somit Fr. 90 ihren Erben und Fr. 30 den Erben des verstorbenen Mannes zu.

§ 266.

Verwaltungsrechte des Nießbrauchers und Eigenthümers.

Der Nießbraucher hat das Recht, die ihm zum Nießbrauch überlassene Sache, so weit es zum Zwecke desselben nothwendig ist, zu verwalten, als: Grundstücke zu bebauen und zu verpachten, Gebäulichkeiten zu vermiethen, Zinsen einzutreiben u. s. w. [1])

Zu Aufkündung und Wiederanlage von Kapitalien ist die beiderseitige Zustimmung, des Eigenthümers sowohl als des Nießbrauchers, beziehungsweise ihres rechtlichen Vertreters, erforderlich. Bei mangelnder Uebereinstimmung entscheidet, auf Verlangen des einen oder andern Theiles, der Bezirksgerichtsausschuß unweiterzüglich. [2])

Wesentliche Kulturveränderungen an Grundstücken oder sonstige erhebliche Aenderungen an der Hauptsache bedürfen der Zustimmung des Eigenthümers, [3]) ohne welche sie wie Handlungen eines Geschäftsführers ohne Auftrag (§ 391) beurtheilt werden. [4])

Dagegen kann der Eigenthümer Veränderungen an seiner belasteten Sache in so weit vornehmen, als der Nießbrauch dadurch in keiner Weise geschmälert wird. Wird dieser dadurch gebessert, so kann der Eigenthümer bis auf 5% Zins des auf die Verbesserung verwendeten Kapitals von dem dadurch erzweckten Mehrertrag des Nießbrauchs zu seinen Gunsten in Abzug bringen. [5])

[1]) Im Zweifel wird der Nießbraucher auch das Recht haben, das Nießbrauchsrecht einem Andern, entgeltlich oder unentgeltlich, abzutreten.

[2]) Das Interesse des Nießbrauchers und dasjenige des Eigenthümers eines Kapitals können möglicherweise aus einander gehen, indem jenes vorzugsweise auf eine gute Rente, dieses dagegen vorzugsweise auf Sicherheit der Anlage gerichtet sein wird. Es ist daher den beiderseitigen Interessen möglichst Rechnung zu tragen, in der Weise, daß weder die Rente des Nießbrauchers über Gebühr beschränkt noch einer hohen Rente zu lieb der Bestand des Kapitals gefährdet werde. Das Soloth. Ges. § 819 und mit einem Vorbehalt auch das Zürch. Ges. § 731 bevorzugen hinsichtlich der Aufkündung und Anlage von Kapitalien den Nießbraucher, wogegen das Preuß. L. R. I. 21. § 101 hiezu die Einwilligung des Eigenthümers verlangt. Im Allgemeinen haben die Aufkündung und Wiederanlage von Kapitalien ohne Zweifel als eigenthümliche Verfügungen zu gelten.

[3]) Alle Verfügungen, welche sich auf die Substanz der Sache beziehen, stehen ausschließlich dem Eigenthümer zu. Vgl. Anm. 1 zu § 264.

[4]) Er haftet somit dem Eigenthümer für allen ihm dadurch verursachten Schaden. Macht er dagegen von sich aus Verwendungen zu Verbesserung der Hauptsache, versieht er z. B das in seinem Nießbrauch stehende Logis mit eleganten Tapeten, so erhält er bez. sein Erbe dadurch gegenüber dem Eigenthümer nur insoweit Anspruch auf Entschädigung als er ihm damit nachweisbar genützt hat.

[5]) Wenn z. B. A, als Eigenthümer des im Nießbrauche des B stehenden Hauses, in letzterem mittelst eines Aufwandes von Fr. 10,000 einen neuen Stock baut, welcher um Fr. 300 vermiethet wird, so kann A diesen Miethbetrag als Zins des von ihm verwendeten Kapitals beanspruchen. Sollte aber B die neugewonnenen Lokalitäten für Fr. 600 vermiethen, so kann A von diesem Mehrertrag nicht mehr als Fr. 500 d. h. nicht mehr als 5% des von ihm verwendeten Kapitals beanspruchen, wogegen Fr. 100 dem Nießbraucher zukommen.

§ 267.

Pflichten des Nießbrauchers.

Der Nießbraucher ist schuldig, die ihm zum Nießbrauch überlassenen Sachen als guter Hausvater zu verwalten und namentlich für ungeschmälerte Erhaltung des Hauptgutes besorgt zu sein. [1])

Er hat die Unterhaltungs-Reparaturen, mit Ausnahme der Ausbesserung von Hauptmauern und Gewölben, der Erneuerung von Dächern und der außerordentlichen Reparatur von Wuhren, und alle auf der Sache mit Rücksicht auf ihren Nutzen haftenden Lasten, wie z. B. Steuern, Assekuranzgebühren, Zehnten zu tragen. [2]) Auf derselben haftende Pfandschulden dagegen sind im Zweifel von dem Eigenthümer zu verzinsen. [3])

Vertretbare Sachen, wie baares Geld, Lebensmittel, Getränke u. s. w., gehen sofort in das Eigenthum des Nießbrauchers über, [4]) so jedoch, daß letzterer nach Beendigung des Nießbrauches eben so viele Sachen von gleicher Gattung und Güte oder, in Ermangelung solcher, den dannzumaligen Geldwerth solcher Sachen [5]) dem Eigenthümer zu ersetzen hat.

In so weit Sachen durch regelmäßigen Gebrauch abgenutzt oder durch Alter von selbst entwerthet werden (wie z. B. Mobilien oder Vieh) ist der Nutznießer für den daherigen Abgang zu keinem Schadensersatz verpflichtet. [6])

[1]) Darin liegt selbstverständlich, daß er z. B. den Abgang einer Viehhabe möglichst aus den Jungen zu ersetzen hat. S. Preuß. L. R. I. 21 § 17 u. 69. Vgl. Anm. 2 zu § 264. Auch liegt darin überhaupt die Verpflichtung des Nießbrauchers, die ihm zum Nießbrauch überlassene Sache (z. B. einen Wald, ein Torflager, ein Fischereirecht) möglichst mit Rücksicht auf ihre Nachhaltigkeit zu nutzen und überhaupt nicht den augenblicklichen Nutzen auf Kosten des künftigen zu steigern.

[2]) Die genannten Hauptreparaturen liegen deßhalb dem Eigenthümer ob, weil sie als die Substanz der Sache beschlagend angesehen werden können und ihr daheriger Nutzen in der Regel weit über die Nießbrauchszeit hinausreicht, während die übrigen Unterhaltungsreparaturen billig als konnex mit der Nutzung betrachtet und somit dem Nießbraucher auferlegt werden können. Vgl. *Code Nap.* §§ 605, 608 und 611. Das Oesterr. Ges. überbindet dem Nutznießer „alle von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten, insofern sie aus Nutzungen bestritten werden können."

3) Die Pfandschulden stehen mit dem Nießbrauchsobjekt in keiner inneren Verbindung, so daß deren Verzinsung (wenn nichts Abweichendes bedungen ist) dem Schuldner selbst zufällt. Vgl. *Code Nap.* §§ 611 und 612. Zum Theil abweichend Preuß. L. R. I. 21. § 70 und Zürch. Ges. § 746.

4) Der Nießbraucher kann diese Sachen nicht gebrauchen ohne sie zu verbrauchen, weßhalb ihm nothwendig das Eigenthum daran zugesprochen werden muß. Vgl. Oesterr. Ges. § 510 und Zürch. Ges. §§ 737 und 738.

5) Somit nicht den Werth, den diese Sachen zur Zeit des Beginns des Nießbrauchs hatten. Erhielt also der Nießbraucher zur Zeit als sein Nießbrauch begann, 10 Saum Wein, so hat er, wenn der Nießbrauch aufhört, eben so viele Saum Wein von möglichst der nämlichen Qualität zu ersetzen. Ist dieses aber nicht möglich, so ist derjenige Werth an Geld zu ersetzen, den dieser Wein zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs hat.

6) Wenn daher der Nutznießer die nämlichen Stücke (z. B. Sessel, Tischtücher u. s. w.) die er in Nießbrauch erhielt, wenn auch abgenutzt, zurückstellt, so hat er für deren Werthverminderung keinen Ersatz zu leisten, es wäre denn, daß sie gewaltsam z. B. durch Messerschnitte u. dgl. geschädigt worden wären.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß, wenn eine in Nießbrauch befindliche Sach durch Zufall untergeht, weder der Nießbraucher dem Eigenthümer, noch dieser jenem einen Schadensersatz schuldet.

§ 268.

Inventarisirung und Sicherstellung.

Der Eigenthümer der mit der Nießbrauchsservitut belasteten Sachen sowohl als der Nießbraucher kann jederzeit, namentlich auch vor Antritt des Nießbrauchs, deren amtliche Inventarisirung nebst Werth- und Beschaffenheitsangabe verlangen. 1)

Der Eigenthümer kann ferner von dem Nießbraucher verlangen, daß er für den Ersatz der vertretbaren Sachen, so wie, wenn der Werth des Hauptgutes (z. B. eines Hauses oder Grundstückes) durch schlechte Bewirthschaftung vermindert zu werden Gefahr liefe, auch für Erfüllung der sonstigen ihm obliegenden Pflichten Sicherheit leiste 2) oder aber die Verwaltung der betreffenden Sachen ihm (dem Eigenthümer) gegen Sicherstellung für den, dem Nießbraucher an denselben zustehenden Nutzen überlasse. 3)

1) Vgl. *Code Nap.* §§ 600—603, Oesterr. Ges.. §§ 518 und 520, Zürch. Ges. §§ 739 und 741—743, Preuß. L. R. I. 21 § 112 und 113, § 103 u. 141. Eine Inventarisation nebst Werthanschlag wird in der Regel im Interesse beider Theile liegen, um spätern Streitigkeiten vorzubeugen. Wurde dieselbe unterlassen, so wird vermuthet, der Nießbraucher habe die zu erstattenden Sachen in mittlerer Beschaffenheit erhalten.

2) Für den Ersatz der vertretbaren Sachen kann somit der Eigenthümer unbedingt, für die Sicherung des Hauptgutes aber nur, wenn dieses gefährdet erscheint, Kaution fordern. Unbedingt berechtigt den Eigenthümer Kaution zu fordern das Soloth. Ges. § 831 mit dem Beifügen, daß, wenn nicht entsprochen wird, ein Sachverwalter zur Verwaltung bestellt werden müsse. Es ist aber rathsam, daß die Kautionsforderung, damit sie nicht in Chikane ausarte, auf das durch die Umstände gerechtfertigte Maß reduzirt werde. Darüber, ob durch die Bewirthschaftung des Nießbrauchers das Hauptgut gefährdet werde und ob daher Kaution zu leisten sei, hat nöthigenfalls der Richter zu erkennen. Im Zweifel wird übrigens die Pflicht zur Sicherstellung anzunehmen sein. Das röm. R. verpflichtete den Nießbraucher

unbedingt zur Kautionsleistung. Nach deutschem Rechte hatte der Leibzüchter d. h. der überlebende Ehegatte, dem der lebenslängliche Nießbrauch an dem Vermögen des Verstorbenen zustand, da man ihn gewissermaßen als Erben betrachtete, keine Kaution zu leisten.

[3]) Dem Nießbraucher steht somit die Wahl frei, ob er selbst Kaution leisten oder die Verwaltung dem Eigenthümer gegen Kautionsleistung von seiner Seite überlassen will.

V. Gebrauchs- und Wohnrecht.

§ 269.

Allgemeiner Grundsatz.

Das Gebrauchs- und das Wohnrecht gibt dem Berechtigten die Befugniß, die belastete Sache, beziehungsweise Wohnung, so weit sein zur Zeit, als ihm dasselbe anfiel, bestandenes persönliches Bedürfniß es mit sich brachte, [1]) zu benutzen, nicht aber deren Benutzung einem Dritten zu überlassen. [2])

[1]) Wenn z. B. A dem B zur Zeit als dieser ledig war ein Wohnrecht in seinem Hause vermacht hat, B aber in der Folge eine Familie gründet, so kann er nicht eine dem dadurch gewachsenen Bedürfniß entsprechende Ausdehnung seines Wohnrechts verlangen — vorbehalten eine nachweisbar entgegengesetzte Absicht des Testators.

[2]) Das Gebrauchsrecht (mit Einschluß des Wohnrechts) gibt nur das Recht, die Sache selbst zu benutzen, nicht aber sie zu vermiethen u. s. w. Es ist also durchaus persönlich und unterscheidet sich eben hiedurch wesentlich von dem Nießbrauch. Bei Beurtheilung des persönlichen Bedürfnisses des Berechtigten wird übrigens dessen Lebensstellung und Beruf hauptsächlich zu berücksichtigen sein.

Dritter Abschnitt.

Grundlasten (Reallasten).

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 270.

Begriffsbestimmung.

Grundlasten (Reallasten) bestehen in der an den eigenthümlichen Besitz eines bestimmten Grundstücks geknüpften dauernden Verpflichtung seines Besitzers zu einer gewissen Leistung, [1]) wie z. B. zu Entrichtung von Bodenzinsen oder Zehnten, zum Unterhalt eines Wuhrs, einer Zäunung, eines Stegs oder einer Brücke. [2]) Das Recht auf jene Leistung (Realrecht) kann entweder ebenfalls an den Besitz eines bestimmten Grundstücks geküpft sein oder abgesehen von einem solchen [3]) bestehen.

[1]) Die Reallast unterscheidet sich von der Servitut wesentlich dadurch, daß dem Pflichtigen eine positive Leistung obliegt, während die Servitut nur zu einem Unterlassen oder Dulden verpflichtet, daß sie somit keine eigentliche Eigenthumsbeschränkung ist, sondern als eine persönliche Verpflichtung des jeweiligen Besitzers des belasteten Grundstückes aufzufassen ist. (Maurenbrecher d. P. R. § 204.) Daraus folgt, daß er für Erfüllung dieser Verpflichtungen nicht blos mit dem belasteten Grundstück, sondern persönlich d. h. auch mit seinem übrigen Vermögen einzustehen hat.

[2]) Das Mittelalter war reich an Reallasten, die mit dem Feudalwesen zusammenhingen, wie Frohndienste, Lehenspflicht im Kriegsfall, Ehrschatz, Bodenzins, Zehnten u. s. w. Davon haben sich bei uns fast nur Bodenzinse und Zehnten, und auch

diese nicht zahlreich, meist auch nur zu Gunsten von frommen Stiftungen, bis auf den heutigen Tag erhalten. Desto häufiger kommen anderartige Fälle vor. Wenn z. B. der Eigenthümer eines Grundstücks gegenüber den hinterliegenden Gütern die Verpflichtung hat, ein Wuhr zu erstellen oder zu erhalten, so ist dies eine Reallast.

[3]) So erscheint z. B. gegenüber dem Besitzer des Gutes Reichenau, auf welchem die Reallast der Brückenunterhaltung ruht, nicht ein besonderes Grundstück, sondern der Staat als berechtigt.

§ 271.

Dauer der Reallast.

Der jeweilige Besitzer des mit einer Reallast beschwerten Grundstücks ist zu der betreffenden Leistung nur so lange verpflichtet, als er dasselbe besitzt. Unter allen Umständen steht es dem pflichtigen Besitzer frei, durch Aufgeben seines Besitzes an dem ganzen belasteten Grundstücke sich der auf demselben lastenden Beschwerde zu entledigen. [1])

[1]) Da die Verpflichtung an den Besitz des belasteten Grundstücks geknüpft ist, versteht es sich von selbst, daß der Verpflichtete sich von derselben durch Verzichtleistung auf den belasteten Besitz befreien kann, so weit es sich nämlich um zukünftige und nicht um schon verfallene Leistungen handelt. Aber eben so klar ist, daß er sich von der Reallast nur durch Verzichtleistung auf das ganze belastete Grundstück und nicht etwa blos auf den zunächst beschwerten Theil desselben z. B. auf den an das zu erhaltende Wuhr zunächst angrenzenden Streifen, befreien kann. Die Folge eines solchen Aufgebens des Besitzes würde sein, daß die an der Reallast (z. B. an der zu erhaltenden Brücke oder an dem Wuhr) zunächst Interessirten, beziehungsweise Berechtigten unter Anhandnahme des preisgegebenen Grundstücks die betreffende Last selbst übernehmen müßten. Mit Bezug auf Servituten enthielten eine ähnliche Bestimmung: *Code Nap.* § 699, Oesterr. Ges. § 483, Zürch. Ges. § 704.

§ 272.

Zerstückelung des verpflichteten Grundstücks.

Wird das ursprünglich verpflichtete Grundstück ohne Einwilligung des Berechtigten getheilt oder durch Veräußerung zerstückelt, so haftet jeder Theil und jeder Besitzer eines solchen solidarisch für die ganze Leistuug, [1]) **es wäre denn, daß diese ihrer Natur nach nur an den einzelnen Stücken haftete.** [2]) **Dem solidarisch in Anspruch Genommenen steht jedoch der Rückgriff gegen die übrigen Mitverpflichteten nach Maßgabe ihrer Theilschuld (Quote) offen.** [3])

[1]) Soll durch die einseitige Zerstückelung des pflichtigen Gutes der Berechtigte nicht benachtheiligt werden, so muß die solidarische Verpflichtung der einzelnen Theile bez. ihrer Besitzer ihm zu Statten kommen. Hat er dagegen in die Zerstückelung eingewilligt, so muß er sich auch die Theilung der Leistung gefallen lassen und kann er sich fortan an jeden Verpflichteten nur für dessen Theilschuld (pro rata) halten. Vgl. Preuß. L. R. I. 18. § 755 u. 756 und Zürch. Ges. § 762.

Im ersteren Fall (wenn die Theilung einseitig erfolgte) hängt es demnach lediglich von dem guten Willen des Berechtigten ab, ob er an einen von den solidarisch Verpflichteten zur Leistung bestellten „Träger" kommen will, an welchen, als den Repräsentanten derselben, er sich zunächst zu halten hätte.

²) Es habe z .B. ein Grundstück seiner ganzen Länge nach einen Zaun zu unterhalten, so kann jede Parzelle dieses Zaunes als eine auf der entsprechenden Breite des Grundstückes ruhende Last angesehen werden, daher eine Theilung desselben der Breite nach keine solidarische Verpflichtung der einzelnen Theile begründen würde, wohl aber würde eine solche für den Fall eintreten, daß die Theilung der Länge nach erfolgte, indem ja der hintere Theil dem vorderen die Last muß mittragen helfen und eben darin die Hauptgewähr für den Berechtigten liegt.

³) Wenn z. B. ein Grundstück, das einen Bodenzins von Fr. 90 trägt, unter die Geschwister A, B und C zu gleichen Theilen getheilt wurde und A bezahlt hierauf dem Berechtigten D die ganze Zinsschuld, so erhält er dadurch gegen B sowohl als gegen C eine Ersatzforderung von Fr. 30, kann aber weder B noch C solidarisch für sämmtliche Fr. 60 belangen.

§ 273.

Erlöschen der Reallast.

Die Reallast erlischt:

1. Durch Vertrag der Betheiligten oder durch Verzicht des Berechtigten;
2. durch den Untergang des belasteten oder des herrschenden Grundstücks; ¹)
3. dadurch, daß der Berechtigte das Eigenthum der belasteten Sache oder der Eigenthümer der letzteren die Berechtigung erwirbt;
4. durch Verjährung, wenn der Pflichtige die Leistung verweigert und der Berechtigte es 20 Jahre lang, ohne ihn darum zu belangen, dabei bewenden läßt; oder wenn die Leistung, nachdem der Berechtigte Veranlassung gehabt hätte, sie zu fordern, 40 Jahre lang nicht erfolgt. ²)

Das Recht auf die einzelne Leistung erlischt durch Verjährung mit Ablauf von 12 Jahren. ³)

¹) Es versteht sich jedoch, daß, so lange auch nur ein Theil der belasteten bez. berechtigten Sache besteht, die ganze Verpflichtung bez. Berechtigung auf jenem Theil forthaftet, wenn anders die Natur der Sache nicht eine Theilung der Sache mit sich bringt (s. Anm. 2 ad 272). — Ein Wiederaufwachen der Reallast für den Fall, daß die belastete oder herrschende Sache wieder hergestellt würde (nach Analogie der Servituten § 257 Ziff. 3) wurde von der zweiten Kommission deßhalb nicht beliebt, weil die Reallasten nicht zu begünstigen seien.

²) Wenn also A seine Bodenzinspflicht gegenüber dem B nicht anzuerkennen erklärt und auch 20 Jahr lang keinen Bodenzins bezahlt, so erlischt die Berechtigung des B mit Ablauf der 20 Jahre. Ohne jenes vorausgegangene Ableugnen des A würden dagegen 40 Jahre zur Verjährung erforderlich sein, von dem Zeitpunkt an gerechnet, in welchem die Bodenzinsleistung zum ersten Mal ausblieb. Daß für die Reallasten längere Verjährungsfristen als für die Servituten angenommen wurden, rechtfertigt sich damit, daß es bei jenen sich oft um Leistungen handelt, die (wie z. B. bei der Wuhrpflicht) selten wiederkehren.

³) Wenn also der Bodenzinser A 19 Jahre lang dem B nicht zinst, und er wird von letzterem im 20sten Jahre zur Leistung angehalten, so kann B nur die innert den letzten 12 Jahren verfallenen Leistungen einklagen; die früheren sind verjährt.

II. Bodenzinse und Zehnten.

§ 274.

Begriff.

Besteht die Reallast in der Verpflichtung zu Entrichtung eines jährlichen fixen Betrages in Geld oder Naturerzeugnissen, so heißt sie **Bodenzins** (ewiger Zins); [1]) besteht sie dagegen in der Verpflichtung zu Entrichtung eines bestimmten Theiles von den jeweiligen Jahresfrüchten des belegten Grundstücks, so heißt sie **Zehnten**. [2])

[1]) Der Ursprung der **Bodenzinse** (Grundzinse, Gülten) ist in konkreten Fällen nicht mehr immer zu ermitteln. Sie können herrühren: a) von einem **grundherrlichen** Verhältniß, d. h. von der ewigen Verleihung eines Grundstücks durch den ursprünglichen Grundherrn; b) von den mittelalterlichen **Schutzverhältnissen**, wonach oft Gemeinfreie ihr Eigenthum in den Schutz der geistlichen Stifter oder anderer mächtiger Grundherren stellten und es dafür mit einem ewigen Zins zu Gunsten des Schutzherrn belasteten; c) von der **Vogtsteuer**, womit alles in dem Vogteigebiet gelegene, freie sowohl als verliehene Grundeigenthum zur Anerkennung und Vergeltung der richterlichen und schutzherrlichen Vogteigewalt mit einem Zins belegt wurde; d) von **Schuldverhältnissen**, indem der Schuldner dem Gläubiger für ein empfangenes Darlehen einen ewigen Zins ab seinem Gute vorschrieb. In diesem Fall diente das zinspflichtige Gut gleichsam als Unterpfand zu Sicherung des Gläubigers, der aber im Grunde nur auf den Zins, nicht aber auf das Kapital Anspruch hatte. In dem späteren Mittelalter waren diese Gültbestellungen (Rentenkäufe) sehr in Uebung, besonders zu Umgehung der das Ausbedingen von Geldzinsen verbietenden bez. beschränkenden Vorschriften des kanon. Rechts und der Reichsgesetze.

[2]) Die **Zehnten** sind eine schon im frühen Mittelalter vorzugsweise zu Gunsten der **Kirche** eingeführte oder, besser, von ihr angemaßte Naturalleistung, bestehend in einem gewissen (höchstens dem **zehnten**) Theile des jährlichen rohen Gütertrags. Freilich gab es außer dem **geistlichen** Zehnten auch **weltliche** oder **Laien**-Zehnten.

§ 275.

Rechtsverhältniß.

Der Zins- oder Zinsherr hat gegenüber dem jeweiligen Besitzer des verpflichteten Grundstücks nur das Recht auf vertragsmäßige Leistung in Geld oder Früchten, [1]) dagegen keinen Anspruch auf persönliche Dienstleistungen (Frohnden) des Verpflichteten. [2])

Veräußert der Pflichtige sein belastetes Grundstück, so bleibt er dem Berechtigten noch immer für die allfällig **ausstehenden** Leistungen **persönlich** haftbar. [3])

[1]) Der Berechtigte hat demzufolge eben so wenig Anspruch auf den **Heimfall** des belasteten Gutes, wie solches bei den **verliehenen** Gütern ursprünglich der Fall war, wenn der Pflichtige ohne Erben starb oder seine Verpflichtungen nicht erfüllte. Deutsche Gesetzgebungen (wie namentlich auch die **österreichische** u. **preußische**) haben das Institut der Bodenzinse der römischen Emphiteusis in der Art nachgebildet, daß dem Zinsherrn ein **Obereigenthum**, dem Zinspflichtigen dagegen ein **Nutzeigenthum** an dem zinspflichtigen Gute zusteht.

Abgesehen aber davon, daß diese Anschauung wohl nur hinsichtlich der ursprünglich verliehenen Güter ihre Berechtigung hat, so ist es unzweifelhaft, daß der Charakter der Grundzinse sich bei uns und in der übrigen Schweiz im Verlauf der Zeit, ohne Rücksicht auf ihren Ursprung, dahin ausgebildet hat, daß die Zins- und Zehntpflichtigen als freie und unbeschränkte Eigenthümer zu behandeln und als solche selbst entgegen den allfällig abweichenden Urkunden zu schützen sind, wie denn in der That alle schweizerischen Gesetzgebungen schon längst die Grundzins- und Zehntpflichtigen als ausschließliche Eigenthümer und die entsprechende Last, ohne Rücksicht auf ihren Ursprung, als ablösbare Feudallast erklärt haben.

²) Die Frohnden sind, auch wo sie als wirkliche Reallast an dem Besitz eines Grundstücks hafteten, als mit unserm neueren öffentlichen Recht unverträglich von selbst dahin gefallen anzusehen.

³) Es ist dies eine nothwendige Folge davon, daß der Pflichtige für die jeweilen verfallene Leistung persönlich verantwortlich ist. (Vgl. Anmerk. 1 zu § 270.) Handelt es sich nur um drei zur Zeit der Veräußerung ausstehende Leistungen, so hat der Berechtigte die Wahl, ob er sich hiefür an den Veräußerer, als persönlich Verpflichteten, oder an den Uebernehmer, als Inhaber des ihm für die drei ausstehenden Leistungen pfandrechtlich haftenden Grundstücks halten will (s. § 276).

§ 276

Haftbarkeit des Grundstücks.

Für die laufenden und drei ausstehende Bodenzinse und Zehnten haftet das verpflichtete Grundstück ¹) als Pfand ²) und es steht in dieser Beziehung dem Zins- oder Zehntherrn gegenüber dem Besitzer desselben das Recht eines ersten Pfandgläubigers zu. ³)

¹) Vgl. Anm. 3 zu § 275. Sollte der Berechtigte sich für zur Zeit der Veräußerung ausstehend gebliebene Zinsen an den neuen Erwerber halten, so steht diesem dafür der Rückgriff auf seinen Vorgänger zu, es wäre denn, daß er die Rückstände ausdrücklich mit dem Gute übernommen hätte.

²) Die Ansicht, daß das mit einem Bodenzins belastete Gut als Pfand für denselben hafte, drückte sich im altdeutschen Rechte in der Gewehre aus, die der Zinsherr (als Obereigenthümer) an dem belasteten Gut hatte und wodurch er in den Fall gesetzt wurde, den Zinsmann, wenn er seine Verpflichtungen nicht erfüllte, von dem Gute zu vertreiben. Später aber (vom 13ten bis 16ten Jahrh) als die Rentenkäufe aufkamen und zugleich die römischen Rechtsbegriffe eindrangen, gewann das Verhältniß immer entschiedener den Charakter eines Pfandrechtes, das der Zinsherr am belasteten Gut hatte (Eichhorn d. St. u. R. G. § 368 a. u. § 450). Weniger ausgeprägt waren in dieser Richtung die Rechte des Zehntherrn, indem der Zehnte mehr den Charakter einer Grundsteuer hatte.

Das Oesterr. Ges. läßt dem Berechtigten die Wahl zwischen Pfändung des Nutzens und Versteigerung des Grundstücks.

³) Durch diese Bestimmung wird das ganze Rechtsverhältniß bedeutend vereinfacht und in das heutige Hypothekarinstitut übergeführt, wiewohl im Grunde die Haftbarkeit der verpflichteten Liegenschaft keine blos akzessorische (wie die pfandrechtliche) sondern eine prinzipale ist, indem die Reallast ursprünglich und selbständig auf ihr ruht, was sich vorzüglich darin zeigt, daß mit dem belasteten Grundstück auch die Zins- und Zehntpflicht seines Besitzers untergeht, während die versicherte Forderung, trotz des Untergangs des Unterpfandes, gegenüber dem Schuldner fortbesteht.

In Folge obiger Bestimmung erscheint die Eintragung einer Bodenzins- und Zehntberechtigung in die Pfandprotokolle aus dem nämlichen Grunde unerläßlich, aus welchem die Eintragung von Hypothekarforderungen vorgeschrieben ist. Es versteht sich, daß hierüber eine besondere Bekanntmachung zu erlassen ist.

§ 277.

Ablösbarkeit.

Bodenzinse und Zehnten können von dem Verpflichteten, nicht aber von dem Berechtigten, nach vorausgegangener mindestens halbjähriger Aufkündung jederzeit gegen Entrichtung des zwanzigfachen Betrages beziehungsweise Werthes der jährlichen Leistung abgelöst werden. [1])

Bei Naturalleistungen ist die jährliche Leistung auf Grund ihres Durchschnittsbetrages beziehungsweise Durchschnittswerthes während der letzten 15 Jahre auszumitteln. [2])

Die Kündung kann nur auf den bedungenen oder, bei Abgang einer einschlägigen vertragsmäßigen Festsetzung, auf den üblichen Zinstag erfolgen. [3])

[1]) Die Ablösbarkeit dieser Lasten war schon bestimmt in unserm alten Gesetze „Ueber Loskäuflichkeit von Zehnten und Bodenzinsen" vom J. 1806. Neuere schweizerische Gesetze haben übrigens auch dem Zins- und Zehntherrn das Recht zur Ablösung ertheilt.

Die Bodenzinse (Gülten) waren ursprünglich in der Schweiz und Deutschland, wie die Zehnten, unaufkündbar („ewig"). Später, besonders als Rentenkäufe nur zu Verhüllung von Darlehen dienten, wurde deren Ablösbarkeit häufig bedungen. Im Interesse der Unabhängigkeit des Bauernstandes wirkten die schweizerischen Demokratieen aber schon früh auf die Ablösbarkeit der Gülten hin und schrieben die Ablösung wohl auch obligatorisch vor, z. B. Nidwalden im J. 1432 (s. Blumer St. u. R. G. I. pag 457) Der Hauptanstoß zur Ablösung bez. auch unentgeltlichen Abschaffung von Bodenzinsen und Zehnten und anderen Feudallasten wurde von der französischen Revolution gegeben und es erhielt diese Tendenz in der Schweiz ihren ersten allgemeinen gesetzlichen Ausdruck in dem helvetischen Dekret vom 10. Nov. 1798.

Unser oben zit. Ges. (Art. 12) setzte für Ablösung von Zehnten auch den 20-fachen, für Ablösung von Bodenzinsen aber den 25fachen Betrag fest. Diese Unterscheidung ermangelt aber eines triftigen inneren Grundes. Gerechtfertigter wäre eine Unterscheidung zwischen Geld- und Naturalleistungen in der Art, daß für erstere ein größerer Loskaufsbetrag als für letztere verlangt würde, indem im Verlauf der Zeit der Geldwerth eben so sehr zum Vortheile des Pflichtigen gesunken als der Werth der Naturalien zu seinem Nachtheil gestiegen ist.

Schon in alten schweizerischen Rechten wurde übrigens der 20fache Betrag der Gült als „Hauptgut", somit auch als Ablösungssumme festgestellt (s. Blumer St. u. R. G. I. pag. 456 und 457).

[2]) Bestehen Bodenzinse in Naturalleistungen, so ist zwar der quantitative Betrag der jährlichen Leistung, da er sich stets gleich bleibt, liquid, nicht aber ihr Werth, da dieser theils nach der Beschaffenheit der Erndte theils nach den jeweiligen Marktpreisen der betreffenden Naturprodukte sich richtet. Dieser Werth soll alsdann auf Grund eines Durchschnitts der letzten 15 Jahre berechnet werden. Bei Zehntablösung ist freilich nicht nur der Werth, sondern auch das Quantum der Prästation in gleicher Weise zu ermitteln.

[3]) Als üblicher Zahltag kann bei uns, wenigstens für Naturalleistungen, wohl Martini-Tag (11. Nov.) gelten.

Durch die Kündung erhält der Zinsherr ein jus quaesitum auf das Ablösungskapital, das er daher nach Ablauf der Kündungsfrist einfordern kann. Die Ablösungssumme in eine pfandrechtlich versicherte Schuld umzuwandeln, ist Sache des Einverständnisses der beiden Theile.

§ 278.

Ablösung durch einzelne solidarisch Verpflichtete.

Wenn für Bodenzinse und Zehnten Mehrere solidarisch verpflichtet sind, so ist jeder derselben zu Ablösung der Gesammtleistung berechtigt, so zwar, daß dessen Mitzinser, die sich an derselben nicht betheiligen, nach erfolgter Ablösung ihm gegenüber in gleichem Maße wie gegenüber dem ursprünglich Berechtigten, jedoch nicht solidarisch, sondern nur für ihr Betreffniß, zins- oder zehntpflichtig werden. [1]) Zu diesem Zwecke ist der bisherige Zins- oder Zehntherr verpflichtet, dem Loskäufer seinen Rechtstitel abzutreten. [2])

[1]) Vgl. Anmerk. 3 zu § 272. Da die Solidarität blos als Folge der ohne Einwilligung des Berechtigten vorgenommenen Gütertheilung anzusehen ist, kann sie selbstverständlich dem Ablöser, als einem der Theilschuldner, nicht zu Statten kommen.

[2]) Da der Ablösende das Recht des Zinsherrn gegenüber den übrigen Zinspflichtigen ipso iure durch die Zahlung erwirbt, so ist eine Zession desselben nicht nöthig, wohl aber hat der Ablösende, als neuer Inhaber des Rechts, selbstverständlich Anspruch auf Herausgabe des entsprechenden Titels als einer Zubehörde (s. § 178).

III. Lehensverhältniß.

§ 279.

Wie weit solche anerkannt werden.

Aus ursprünglichen Lehenseinrichtungen hervorgegangene, auf das Grundeigenthum bezügliche Rechtsverhältnisse, so weit solche noch vorkommen, sind dermalen nur hinsichtlich der allfällig bedungenen Leistung an Geld oder Naturalien (des Laudemiums oder Kanons) als zu Recht bestehend anzusehen, daher in jeder Hinsicht gleich den Grundlasten zu behandeln. [1])

Zum Behufe der Ablösung der in unregelmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehenden Lehenspflicht sind die sämmtlichen während der letzten 60 Jahre erfolgten Leistungen auf eine Jahresleistung zurückzuführen, deren zwanzigfacher Betrag die Ablösungssumme darstellt. [2])

[1]) Das eigentliche (adelige) Lehen legte dem Vasallen in der Regel nur die Pflicht zu Gehorsam und Treue (ursprünglich mit Kriegs- und Ehren-Dienst verbunden) so wie dem Lehensherrn die Pflicht zu dessen Schutz auf. In so weit kann von einer Anerkennung dieser Einrichtung keine Rede mehr sein. Im weiteren Sinne umfaßten aber Lehen auch erbliche Vergabungen an Grundeigenthum gegen eine jährliche oder gegen eine nur unregelmäßig (beim Wechsel des Belehnten oder des Lehensherrn) wiederkehrende Leistung (im ersteren Fall meist Kanon, im letzteren meist Laudemium oder Ehrschatz genannt). Dahin gehören be-

sonders die sog. bäuerlichen **Erblehen**, die sich äußerlich von den **Erbpachten** wesentlich dadurch unterscheiden, daß der für sie bezahlte Zins, weil er nur zur Anerkennung des Obereigenthums diente, so gering war, daß er außer allem Verhältniß zum Ertrage des Gutes stand, während bei dem Zins der Erbpacht ein solches Verhältniß ersichtlich ist — eine Unterscheidung, die auch das **Oesterr.** Ges. (§ 1122 bis 1124) macht. Die bäuerlichen Lehen sind schon zufolge der vorangehenden Bestimmungen (§ 274--278) als ablösbar anzusehen, da die Leistung sich äußerlich von einem anderartigen Grundzins nicht unterscheidet (vgl. Anm. 1 a zu § 274) und überhaupt auf dem Standpunkt unserer **Verfassung**, welche (Art. 43) „Bodenzinse, Zehnten und Feudallasten **jeder Art**" ablösbar erklärt, alle auf dem Grundeigenthum bleibend lastenden Abgaben, weß Ursprung sie sein mögen, als ablösbar, im Uebrigen aber das Grundeigenthum als frei und unwiderruflich dem Pflichtigen anheimgefallen anzusehen sind. Vgl. **Bluntschli** deutsches P. R. § 89 und Bemerkung desselben zu § 789 des **Zürch.** Ges.

Strenggenommen bliebe freilich die eigentliche **Erbpacht**, welche vereinzelt (namentlich im Kreise Meyenfeld) bei uns noch vorkommt, von obigen, über die Grundlasten handelnden Bestimmungen unberührt, indem sie ursprünglich nicht unter jene gehört. Da indeß auch der Erbpächter nachgerade ein wirkliches **Nutzeigenthum** an dem in Erbpacht gegebenen Gut erlangt hat (wie solches z. B. auch von dem **Oesterr.** Ges. anerkannt wird), so daß dem Gutsherrn (so lange Erben des Pächters vorhanden sind) nichts als ein **ideelles** Obereigenthum bleibt, so unterliegt es auf dem Standpunkte der oben entwickelten Ansichten keinem Zweifel, daß auch die Loskäuflichkeit der Erbpacht zu Gunsten des Erbpächters zuzulassen ist, indem dieselbe im **Effekte** den Grundlasten gleichzustellen ist — so weit sie nämlich **eigentliche** (vererbbare) Erbpacht und nicht etwa blose (auf eine gewisse Zeitdauer beschränkte) **Zeitpacht** ist. Auch dürfte mitunter die Ausmittlung, ob es sich um eine Erbpacht oder um ein Erblehen handle, schwierig sein. In der That haben die schweizerischen Gesetzgebungen ohne Ausnahme auch die **Erbpachten** in die Kategorie der ablösbaren Feudallasten versetzt. Schon die gesetzgebenden Räthe der helvet. Republik beschlossen unterm 10. Nov. 1798 die Abschaffung „aller feudalen Rechte und Abgaben, Ehrschätze und Grundlasten", und zwar sollten nur der große Zehnten und die Bodenzinsen gegen Entschädigung, alle übrigen Feudallasten aber **unentgeltlich** beseitigt sein. Das Erlöschen des Feudalrechts beruht überhaupt darauf, daß der Belehnte vorerst ein **bedingtes** und in der Folge das **volle** Eigenthum an dem Lehensgut erlangte, derart, daß nur noch die betreffende Leistung als **Grundlast** auf dem Lehensgut haften blieb. So kommt es, daß z. B in der Schweiz die sog adeligen Lehen durchweg von selbst, ohne irgend welche Ablösung erloschen, während die sog. bäuerlichen Lehen zwar auch in das unbedingte Eigenthum des Belehnten übergingen, aber von der auf ihnen ruhenden nachweisbaren Pflicht zu einer **vermögensrechtlichen** Leistung zufolge der auf die helvetische Republik gefolgten Kantonalgesetzgebungen nur durch **Ablösung** befreit werden konnten. Wohl das **letzte** adelige Lehen in der Schweiz war das Remüser Lehen, über welches es im Frühling dieses Jahres zwischen dem Bisthum Chur und dem Redaktor dieses Gesetzes zu einer gerichtlichen Verhandlung kam, indem das Bisthum auf den **Heimfall** des Lehens wegen unterlassener Investiturerneuerung klagte. Das Bisthum wurde aber abgewiesen.

²) Wenn z. B. für das Lehen A innert 60 Jahren beim Wechsel theils des Belehnten theils des Lehensherrn 10 Laudemien im Betrag von je Fr. 30, somit im Ganzen Fr. 300 bezahlt wurden, so beträgt diese Leistung, auf die einzelnen Jahre vertheilt, Fr. 5 per Jahr, somit die Ablösungssumme Fr. 100.

Anmerk. a. Es mag hier noch die Bemerkung am Platz sein, daß neuere Gesetze (z. B. Zürch. Ges. § 755) die Begründung neuer ewiger Grundlasten untersagen. Allein nachdem die Ablösbarkeit für den Pflichtigen festgestellt und die Grundzinse den Hypothekarschulden im Effekt gleichgestellt sind — mit dem einzigen für den Pflichtigen sogar vortheilhaften Unterschied, daß sie für den Berechtigten **unaufkündbar** sind — besteht eine zureichende Veranlassung zu einem solchen

Verbote um so weniger, als Kapitalisten wohl nicht leicht auf solche Art sich zu binden versucht sein werden.

Anmerk. b. Der Cod. dipl. von Mohr enthält eine Menge Urkunden über bäuerliche Erblehen und Erbpachten, welche gemeinschaftlich als „Zinslehen" oder „ewiges Zinslehen" bezeichnet worden zu sein scheinen. Diese Zinslehen wurden bald nur dem Mannsstamme, bald allen Nachkommen („in directa linea"), bald allen Erben ohne Unterschied, oft auch Weibern, und zwar meist cum iure devolutionis (mit Heimfallsrecht) verliehen. Es erfolgten solche Belehnungen sogar ohne Zins (s. Mohr Cod. III. Nr. 21 und 22). Diese Verleihungen bezeichnete man lateinisch wohl auch mit „in feudum elocare" oder mit „feudum censuale". Ein Beispiel von einem lebenslänglichen „Zinslehen" (also einer Zeitpacht) s. in Mohr Cod. II. Nr. 124. Ein Beispiel einer Bodenzinsbestellung als Verhüllung eines Darlehens s. in Mohr God. II. Nr. 325.

Als Beispiele eigentlicher (adeliger) Lehen in Graubünden mögen dienen: die bischöfl. Belehnung von Conr. Planta mit der Grafschaft Oberengadin im Jahr 1139, die Belehnung des Ammann Wilhelm (Beli?) durch Graf Hugo v. Werdenberg und Freiherrn v. Vatz mit der Landschaft Davos im J. 1289, die bischöfl. Belehnung der Frau Urs. v. Vatz mit der Grafschaft Schams, mit Rheinwald, Safien und Schanfigg im Jahr 1338, des Ulr. v. Matsch mit der Thalschaft Puschlav im Jahr 1367 u. s. w.

Vierter Abschnitt.

Das Pfandrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Grundsätze.

§ 280.

Begriffsbestimmung.

Pfandrecht ist das einem Gläubiger eingeräumte Recht, sich an einer unbeweglichen oder beweglichen, dem Verpfänder eigenthümlich zugehörigen [1]) Sache für eine Forderung in dem Falle zu befriedigen, daß der Schuldner die übernommene Verpflichtung nicht erfüllen würde.

Wenn die als Pfand gegebene Sache unbeweglich (eine Liegenschaft) ist, so heißt sie Grund- oder Unterpfand; ist sie beweglich, so heißt sie Faustpfand. In jenem Falle heißt das Pfandrecht Grundversicherung (Hypothek), in diesem heißt es Faustpfandrecht.

Sogenannte Kaufschillingsrechte sind Grundversicherungen gleich zu achten. [2])

[1]) Der Verpfänder wird in der Regel der Schuldner selbst sein, doch kann es auch ein Dritter sein, z. B. ein Bürge. Jedenfalls muß aber das Pfandobjekt dem Verpfänder selbst eigenthümlich gehören.

[2]) Das ältere deutsche Recht kannte die heutige Grundversicherung nicht, sondern nur: a) den Rentenkauf d. h. die Bestellung von Bodenzinsen für Kapitaldarlehen, b) die Uebergabe des verpfändeten Grundstückes in den Besitz und Genuß des Gläu-

bigers und c) das sog. Kaufschillingsrecht als reservatio dominii. Zu diesen quasi-Grundversicherungen gehört auch das sog. „Güterrechti" des Klosterser Landb. Dieses „Güterrechti" kam jeder Schuld zu, die „mit liegendem Gut gemacht wird". Die Ausschätzung „um ein Schuld, so um liegend Gut gemacht und herkommt", fand um das Doppelte Statt. — Das Churer St. R. erklärte das Kaufschillingsrecht sehr klar als Vorbehalt des Eigenthums bis zur völligen Abtragung des Kapitals nebst Zinsen.

Als Beispiele von Verpfändungen durch Uebergabe der Pfandsache zu Besitz und Genuß mögen angeführt werden: die Verpfändung des großen Zehnten in Taufers, der Vesten Castelmur und Steinsberg durch den Bischof an die Familie Planta zu einem „gewehrten Pfand" (in den J. 1326, 1341 u. 1403). Die Wiedereinlösbarkeit der Pfänder wurde oft besonders reversirt, oft wurden auch besondere Termine dafür bedungen.

§ 281.

Umfang des Pfandrechts.

Das Pfandrecht kann nicht allgemein auf das Vermögen oder auf das bewegliche oder unbewegliche Gut des Schuldners, sondern nur auf bestimmte, besonders dafür bezeichnete Sachen bestellt werden, [1]) erstreckt sich aber an der verpfändeten Sache so weit als das Eigenthum des Verpfänders an derselben, somit auch auf deren Zubehörden. [2])

[1]) Nach röm. Recht war das allgemeine (generelle) Pfandrecht auf das Vermögen des Schuldners zuläßig. Dasselbe ist aber mit dem Institute der öffentlichen Pfandbücher unverträglich, weil die Eintragung in letztere die genaue Bezeichnung der zu verpfändenden Gegenstände erheischt.

[2]) Wenn demnach ein Grundstück, auf welchem sich ein Gebäude befindet, zu Pfand gegeben wird, so muß letzteres Effekt auch als mitverpfändet angesehen werden, weil es Zubehörde des Grundstücks ist.

Ebenso erstreckt sich das Pfandrecht selbstverständlich auf alle noch nicht abgetrennten Pflanzen und Früchte des verpfändeten Grundstücks, mit Vorbehalt des dem Schuldner zustehenden Bewirthschaftungsrechtes (§ 292).

§ 282.

Eintragung und Besitzesübergabe.

Zur gültigen Bestellung einer Grundversicherung ist erforderlich, daß dieselbe in das öffentliche Pfandprotokoll eingetragen werde. [1])

Zur gültigen Bestellung eines Faustpfandrechtes ist erforderlich, daß die zu verpfändende Sache in den Besitz des Gläubigers gelange. [2])

Durch das blose Versprechen, ein Pfandrecht zu bestellen, oder durch letztwillige Verordnung oder durch gerichtliche Verfügung (z. B. zu Gunsten des außerehelichen Kindes gegenüber dem Vater — s. § 79) [3]) kann nur ein Forderungsrecht auf Bestellung eines Pfandrechtes, letzteres selbst aber, als gegenüber Dritten wirksames dingliches Recht, nur mit protokollarischer Eintragung (für Liegenschaften) oder Besitzesübergabe (für Bewegliches) begründet werden. [4])

[1]) Auch diese Einrichtung ist, wie die öffentliche Protokollirung des vertragsmäßigen Uebergangs von Grundeigenthum, an die Stelle der altdeutschen „gerichtlichen Auflassung" getreten, wonach die gültige Verpfändung von Liegenschaften einer öffentlichen Erklärung vor dem Volksgericht bedurfte.

Daß auch mit Verpfändung von liegendem Gut (mit Einschluß von Grundzinsen, Zehnten, Lehen u. s. w.) die Uebergabe in Besitz und Genuß („in Nutz und Gewehr") des Gläubigers verbunden war, wurde oben (Anm. 2 ad § 280) schon bemerkt.

[2]) Nur durch diesen Besitzesübergang kann die Verpfändung beweglicher Sachen für den Dritten kenntlich gemacht werden und nur durch ihn ist der Gläubiger dagegen gesichert, daß der Schuldner sie einem Dritten übergebe. Den Besitz an der verpfändeten Sache kann der Gläubiger selbstverständlich auch durch einen Stellvertreter, nicht aber durch den Schuldner selbst ausüben, weil dadurch die Absicht des Gesetzes vereitelt würde.

[3]) Analog dem Forderungsrecht auf die Eintragung des Uebergangs von Eigenthum an Liegenschaften. (S. Note ad § 187.)

[4]) Vgl. unser Gesetz über Pfandrecht vom J. 1848 (§ 3 u. § 13).

§ 283.

Wie weit das Pfand haftet.

Ein Pfand haftet nicht nur für die auf demselben versicherte Kapitalschuld, sondern, wenn Zinsen bedungen wurden, außer für die laufenden, auch noch für drei verfallene Zinsen;[1]) ferner für die gesetzlichen Verzugszinsen und für die Betreibungskosten.[2])

Es haftet im Uebrigen nur so weit und so lange, als die versicherte Forderung gültig ist.[3])

Werden für eine Forderung mehrere Pfänder bestellt, so haftet jedes solidarisch für die ganze Forderung.[4])

[1]) Eine Beschränkung der Haftbarkeit des Pfandes für Zinsen ist besonders mit Rücksicht auf Nachverpfändungen nöthig, indem durch das Auflaufen von Zinsen, für die das Pfand haften müßte, die mit einem Nachpfand versehenen Gläubiger sehr geschädigt werden könnten. Die Haftung des Pfandes für drei verfallene Jahreszinsen steht im Einklang mit der (in § 262) für den Konkursfall vorgeschriebenen. Es versteht sich, daß der Gläubiger für die übrigen aufgelaufenen Zinsen, so weit sie nicht verjährt sind, eine unversicherte Forderung gegen den Schuldner behält, so wie daß er sich für dieselben anderweitige Sicherheit geben lassen kann.

[2]) Das Soloth. Ges. § 843 sagt: „für die letzten Betreibungskosten" und in der That kann es sich nur um die Kosten desjenigen Aktes handeln, der die Realisirung der Forderung zur Folge hatte, indem nur diese als mit letzterer konnex anzusehen sind.

[3]) Das Pfandrecht ist nur ein Akzessorium zur versicherten Forderung, es steht und fällt daher mit letzterer.

[4]) Jedes verpfändete Stück kann somit für Deckung der ganzen Forderung in Anspruch genommen werden.

Anmerk. Um die späteren Pfandgläubiger nicht durch Auflaufen von Zinsen zu Gunsten der vorgehenden zu Schaden kommen zu lassen, machte das Klosterser Landb., wenn solches zu befürchten war, je dem ältesten Pfandgläubiger zur Pflicht, innert Jahresfrist sich an dem Unterpfand bezahlt zu machen. Nach dem Oberengadiner St. hafteten Grundpfänder für 5 Jahreszinse.

§ 284.

Befriedigung am Pfande.

Ein Gläubiger kann an seinem Pfande nur auf dem ordentlichen Schatzungswege [1]) oder im Konkurse des Schuldners Befriedigung suchen. [2])

Der Vertrag, daß das Pfand im Falle der Nichtbefriedigung des Gläubigers demselben zu Eigenthum verfallen solle, ist ungültig. [3])

[1]) Das in seinem Besitze befindliche Faustpfand kann somit der Gläubiger nicht etwa gegen den Willen des Schuldners an Zahlungsstatt behalten, sondern kann auch auf dieses nur mittelst gantgerichtlicher Zuschätzung greifen.

[2]) Der Faustpfandgläubiger muß zwar seine Forderung im Konkurse des Schuldners anmelden, braucht aber das Faustpfand so lange er nicht befriedigt ist nicht herauszugeben.

[3]) Schon das röm. R. verbot diesen Vertrag (lex commissoria). Solche Verträge bezwecken nämlich in der Regel die wucherische Ausbeutung des Schuldners mittelst Benutzung seiner augenblicklichen Verlegenheit. Einer nachträglichen Ueberlassung des Pfandes an den Gläubiger an Zahlungsstatt steht dagegen nichts im Wege.

§ 285.

Erlöschen des Pfandrechts.

Das Pfandrecht erlischt: durch Tilgung oder Erlöschen der versicherten Forderung; [1]) durch Verzicht des Gläubigers; durch Uebergang des Pfandes in das Eigenthum des letzteren; durch rechtskräftigen gerichtlichen Entscheid und durch den Untergang des Pfandes, mit Vorbehalt jedoch der Bestimmungen des § 293.

[1]) Eben weil es kein selbständiges, sondern nur ein von der versicherten Forderung abhängiges, ein akzessorisches Recht ist.

Zweites Kapitel.

Grundversicherungen (Hypotheken).

A. Deren Eintragung.

§ 286.

Vorweis einer Urkunde.

Die Eintragung einer Grundversicherung in das Pfandprotokoll

kann nur auf Grund einer zu diesem Zwecke dem Protokollführer vorzuweisenden Pfandversicherung [1]) erfolgen, welche den in § 288 zur Eintragung sub 1—4 bezeichneten Erfordernissen entsprechen muß. Pfandversicherungen, welche diesen Erfordernissen nicht entsprechen, sind von dem Protokollführer zur Ergänzung zurückzuweisen. [2])

Sollte der Protokollführer Grund haben zu zweifeln, daß der Verpfänder Eigenthümer des zu verpfändenden Grundstückes sei, so darf er die Eintragung bis auf Weiteres nicht vornehmen und hat dem Gläubiger von seinen Zweifeln Kenntniß zu geben. [3])

[1]) Die Eintragung soll nur die Vollziehung einer bereits rechtskräftigen Verbindlichkeit zu Pfandbestellung sein. Damit aber diese Verbindlichkeit und ihre Tragweite möglichst einleuchtend und unzweifelhaft erscheinen, fordert es die Solidität des Hypothekarinstituts, daß darüber, bevor die Eintragung erfolgt, eine ihr alsdann zu Grund zu legende schriftliche Urkunde, sei es ein sog. Pfandbrief, sei es ein rechtskräftiges gerichtliches Urtheil, vorliege. Der Pfandbrief braucht übrigens nicht nothwendig auf einem Darlehen zu beruhen.

[2]) Die Pfandversicherungsurkunde kann sowohl von dem Gläubiger als von dem Schuldner dem Protokollführer zur Eintragung vorgewiesen werden. Sollte der Pfandprotokollführer die Unterschrift des Verpfänders nicht genau kennen oder Zweifel in deren Aechtheit haben, so hat er bei Pfandbriefen, die ihm von dem Gläubiger präsentirt werden, sich vorerst von der Zustimmung des Pfandschuldners zu versichern.

[3]) Z. B. dann, wenn sich aus dem Kaufprotokoll ergibt, daß das zu verpfändende Grundstück von dem Schuldner schon an einen Dritten veräußert ist. In solchem Falle erhielte der Gläubiger ein ganz illusorisches Pfandrecht.

Anmerk. Die Pfandprotokolle wurden bei uns allgemein erst durch das Kantonsgesetz vom 23. Nov. 1837 eingeführt. Doch kannten sie schon die Statuten des Oberengadin und von Obtasna. Nach jenen mußten alle Verpfändungsverträge („sgüraunzas“) von dem, durch das Hochgericht bestellten öffentlichen Notar verschrieben und durch diesen der betreffenden Gemeindsobrigkeit zur Kenntniß gebracht werden, welche ihrerseits die Verpfändung eintragen mußte; innert 14 Tagen von der Eintragung an protestirende Gläubiger erhielten gleiches Pfandrecht mit den ursprünglichen. Verpfändungen beweglicher Sachen waren ursprünglich untersagt, später (Anno 1687) jedoch mittelst Eintragung in das Pfandprotokoll zugelassen. — Auch in Chur waren Pfandprotokolle schon früh bekannt; überall aber war die obrigkeitliche Genehmigung erforderlich.

In Klosters und Davos ersetzte die obrigkeitliche Siegelung die Publizität der Protokolle. Nach dem Klosterser Landbuch gingen obrigkeitlich gesiegelte Schuld- und Pfandbriefe den blos privatim verschriebenen vor. Das Davoser Landrecht kennt blos obrigkeitlich gesiegelte „Unterpfandbriefe“ und fordert zur Siegelung, daß der Schuldner der Obrigkeit beim Eid Rechenschaft über sein Vermögen abgelegt habe, „damit daß solches den übrigen Kreditoren könne wüssenhaft gethan werden. Wan dan sich befinde, daß sy noch so viel im Vermögen daß sy wol und genugsam Unterpfandt geben mögen, mag alsdann der Brieff geschrieben und gesiegelt werden.“ In der Folge durften sogar nur zu Gunsten von „Kirchen und Spenden“ Unterpfandbriefe errichtet werden.

§ 287.

Bestrittene Eintragung.

In Fällen, in welchen die Eintragung eines Pfandbriefes bestritten wird, [1]) hat der Protokollführer denselben bei dem Kreispräsidenten zu hinterlegen und ihn erst nach Austragung der Anstände

auf Weisung des Kreispräsidenten einzutragen, und zwar alsdann unter demjenigen Datum, unter welchem ihm derselbe zur Eintragung vorgewiesen worden war. [2])

[1]) Eine solche Bestreitung ist namentlich gedenkbar: a) von Seite eines Dritten, wenn dieser an dem zu verpfändenden Grundstück ein Eigenthumsrecht zu haben behauptet oder in anderartigen ihm an demselben zustehenden dinglichen Rechten (z. B. einem Nießbrauch) durch die Verpfändung sich verletzt glaubt oder endlich ein älteres Recht auf Pfandbestellung zu haben behauptet; und b) von Seite des Schuldners selbst, wenn über dessen Verpflichtung zur Pfandbestellung (z. B. zu Gunsten des außerehelichen Kindes) noch nicht endgültig entschieden ist.

[2]) Der Protokollführer hat daher den Tag, an welchem ihm die Pfandurkunde zur Eintragung präsentirt wurde, in seinem Tagebuch (gemäß der Vorschrift des § 290) vorzumerken. Hiedurch erlangt der Gläubiger ein eventuelles Recht auf die unter dem nämlichen Datum s. Z. zu erfolgende Eintragung. Es versteht sich, daß dieses eventuelle Recht bis Austrag des Anstandes sowohl dem Schuldner als Dritten gegenüber gewahrt bleiben muß, derart, daß, wenn z. B. der Schuldner mittlerweile das streitige Pfandobjekt weiter verpfänden oder es veräußern wollte, diese Verfügungen nur unbeschadet jener noch streitigen Pfandbestellung erfolgen könnten, daher der Protokollführer eine mittlerweile erfolgende zweite Verpfändung, bis über die schwebende entschieden ist, auch nur in das Tagebuch und eine Veräußerung des Pfandobjektes nur mit ausdrücklichem Vorbehalt der schwebenden Pfandbestellung eintragen dürfte.

Der Entwurf hatte, nach Vorgang anderer Gesetzgebungen (z. B. der Oestr., Soloth. u. Zürch.) in Fällen, in welchen die Eintragung einer Verpfändung bestritten würde, eine provisorische Vormerkung der letzteren im Pfandprotokoll vorgeschrieben. Die zweite Kommission hielt aber obige Vorschrift für ausreichend. Eben so ließ diese Kommission die Bestimmung des Entwurfes fallen, wonach die provisorische Eintragung durch den Kreispräsidenten zu verfügen gewesen wäre und in dieser Beziehung die Bestimmungen des Gesetzes über „richterliche Gebote und Verbote" in Anwendung hätten kommen sollen.

§ 288.

Inhalt der Eintragung.

Die Eintragung einer Grundversicherung ins Pfandprotokoll muß mindestens enthalten: [1])

1. die Namen des Pfandschuldners und des Pfandgläubigers;
2. die Angabe der versicherten Schuldsumme nebst Zinsfuß, Zahlungsfristen und Aufkündungszeit, wenn solche festgesetzt sind;
3. die genaue Bezeichnung der verpfändeten Liegenschaften nach Beschaffenheit, Lage (Namen), Angrenzung, so weit letztere zur Erkennung der betreffenden Liegenschaft nöthig erscheint; [2])
4. die Angabe der sonst noch auf derselben Liegenschaft bestellten vorangehenden oder gleichberechtigten Pfandrechte;
5. das Datum d. h. Ort und Zeit (Jahr und Tag) der Eintragung, nebst der Unterschrift des Protokollführers.

Auf Pfandbriefen ist die geschehene Eintragung und gleichzeitig das allfällige Vorhandensein anderer auf derselben Liegenschaft lastender Pfandrechte besonders zu bescheinigen.

[1]) Es braucht also ein Schuld- und Pfandbrief nicht nothwendig von Wort zu Wort eingetragen zu werden, wohl aber müssen die nachfolgenden Hauptbestandtheile desselben angegeben werden, um eine zureichende Kenntniß von dem Rechtsverhältniß zu gewähren.

Ob und in wie weit eine mangelhafte Eintragung als unbedingt wirkungslos anzusehen sei, wird im gegebenen Fall der Richter zu beurtheilen haben. Es wird hiebei hauptsächlich darauf ankommen, wie *wesentlich* der Mangel ist.

[2]) Die genaue Bezeichnung des Pfandobjektes hat den Zweck, über dessen Identität keinen Zweifel zu lassen. Wenn daher z. B. ein Weidrecht oder ein Bodenzins verpfändet werden wollte (denn auch Servituten und Reallasten gehören zu den unbeweglichen, zum Zweck der Verpfändung in das Protokoll einzutragenden Sachen), so müßte im Pfandprotokoll nicht nur dieses Recht, dem Umfang und Betrag nach, sondern auch die damit belastete Liegenschaft genau bezeichnet werden.

§ 289.

Bestimmung der Schuldsumme.

Ist eine Grundversicherung für eine (z. B. von einem Verpfründungsvertrage herrührende) Forderung annoch unbestimmten Betrages zu bestellen, so muß letztere vorläufig behufs gültiger Bestellung des Pfandrechtes in einer bestimmten Summe, bis auf welche das Pfand zu haften hat, ausgesetzt werden. [1])

[1]) Es ist dies unerläßlich um das Verhältniß für einen allfälligen Käufer oder Nachpfandgläubiger klar darzustellen.

Gründet sich z. B. die Verpfändung auf einen *Verpfründungsvertrag*, so wird der von dem Pfrundgeber dem Pfrundnehmer zu reichende Unterhalt in Geld anzuschlagen und darnach, etwa unter Mitberücksichtigung der wahrscheinlichen Lebensdauer des Verpfründeten, das zu versichernde *Kapital* zu berechnen sein.

§ 290.

Datum der Eintragung.

Die formelle Gültigkeit einer Grundversicherung richtet sich nach dem Datum ihrer Eintragung in das Pfandprotokoll.

Es ist daher jede gültig angemeldete Grundversicherung sofort einzutragen oder, bei dringender Abhaltung des Protokollführers, wenigstens in einem Tagebuch vorläufig vorzumerken, in welchem Falle die spätere Eintragung unter dem Datum dieser Vormerkung zu erfolgen hat. [1])

[1]) Unter Umständen, z. B. wenn mehrere Verpfändungen der nämlichen Sache erfolgen oder der Schuldner in Konkurs geräth, kann das Datum der Eintragung sehr entscheidend sein, in jenem Falle darüber, welcher Pfandgläubiger *vorgeht*, in diesem darüber, ob der Gläubiger eine Befriedigung erhält oder keine. Es kann daher dem Protokollführer in diesem Punkt nicht genug Genauigkeit empfohlen werden.

§ 291.

Oeffentlichkeit der Pfandbücher.

Die Pfandbücher stehen Jedem sofern und so weit er ein recht-

liches Interesse daran glaubhaft machen kann,[1]) zur Einsicht offen; auch sind ihm aus denselben die erforderlichen Aufschlüsse zu ertheilen.

[1]) Bloser unmotivirter Neugierde ist daher nicht Rechnung zu tragen.

B. Deren Wirkung.

§ 292.

Verfügungsrecht des Pfandschuldners.

Der Pfandschuldner wird durch die Grundversicherung in seinem Verfügungsrecht über das Unterpfand nur in so weit beschränkt, als er an demselben keine, dessen Werth wesentlich vermindernde Veränderungen vornehmen darf.[1]) Im Uebrigen kann er die zum Pfand gegebene Liegenschaft benutzen und zu diesem Zwecke bewirthschaften,[2]) so wie das Unterpfand ganz oder theilweise veräußern und weiter verpfänden.

[1]) Er darf also z. B. nicht ohne Einwilligung des Gläubigers ein tragbares Grundstück in einen ertragslosen Hofraum oder Kiesplatz, oder einen Weingarten in eine Wiese verwandeln u. s. w. Das Zürch. Ges. (§ 808) erstreckt diese Beschränkung des Pfandschuldners auch auf erhebliche „Vernachlässigung" der verpfändeten Liegenschaft. Allein eine so weit gehende Einwirkung des Gläubigers auf die Verwaltung des Pfandobjektes dürfte kaum zu rechtfertigen sein und eine Quelle mannigfacher Kollisionen werden. Wenn dasselbe durch die schlechte Verwaltung des Schuldners einer Entwerthung entgegengeführt wird, so mag der Gläubiger für weitere Sicherung besorgt sein, beziehungsweise, wenn seine Forderung auf einem Darlehen beruht, dieses aufkünden.

[2]) Der Besitzer eines verpfändeten Waldes darf daher denselben nach forstwirthschaftlichen Regeln benutzen, aber nicht gänzlich abholzen. Eben so kann der Schuldner die Frucht seines verpfändeten Ackers jeweilen erndten. Wenn es jedoch, bevor solches geschah, zur Auspfändung kommt, so bildet die hangende Frucht auch einen Bestandtheil des Pfandes, ist aber selbstverständlich bei der Zuschätzung an den Gläubiger mit in Anschlag zu bringen.

§ 293.

Untergang des Grundpfandes.

Wenn das Grundpfand, nachdem es beschädigt oder untergegangen war, wieder hergestellt wird, so haftet an ihm das Pfandrecht wie ehedem.[1])

Wird ein versichertes zum Unterpfand gegebenes Gebäude durch Brand zerstört, so haftet an dessen Stelle die Assekuranzsumme dem Pfandgläubiger und darf daher von der betreffenden Agentschaft, nachdem sie von dem Vorhandensein der versicherten Forderung in

Kenntniß gesetzt ist, bei eigener Verantwortlichkeit nicht ohne Einwilligung des Gläubigers oder richterliche Weisung dem brandbeschädigten Schuldner ausbezahlt werden. [2])

[1]) Wenn also ein abgebranntes Haus wieder aufgebaut wird, so wacht das Pfandrecht an demselben wieder auf.

[2]) In diesem Falle tritt somit die Forderung des Brandbeschädigten an die Assekuranzgesellschaft als gesetzliches Faustpfand an die Stelle des zerstörten Grundpfandes. Das Zürch. Ges. (§ 806) gestattet die Verwendung der Assekuranzentschädigung zum Wiederaufbau unter Aufsicht des Gemeinderathes.

Bei uns, wo keine obligatorische Assekuranz besteht, wird übrigens der Gläubiger wohl daran thun (wie solches auch gewöhnlich geschieht), dem Schuldner die Versicherung ausdrücklich zur Pflicht zu machen und sich mit dem Agenten etwa dahin zu verständigen, daß derselbe ihn von dem bevorstehenden Auslaufen der Assekuranz in Kenntniß zu setzen sich verpflichte. Bezahlt alsdann der Gläubiger die schuldige Prämie, so versteht es sich, daß er sich hiefür an den Schuldner halten kann.

§ 294.

Veräußerung des Grundpfandes.

Wenn der Schuldner das Grundpfand an einen Dritten eigenthümlich abtritt, so dauert sein persönliches Schuldverhältniß gegenüber dem Gläubiger fort, es sei denn, daß letzterer sich an den neuen Eigenthümer des Grundpfandes anweisen ließe.

Findet keine Anweisung statt, so verbleibt dem Pfandgläubiger jederzeit die Wahl, ob er an den Schuldner oder an das Grundpfand beziehungsweise an dessen Eigenthümer, so weit dasselbe Deckung gibt, für Befriedigung seiner Forderung sich halten will, so zwar, daß durch Belangung des einen der andere von seiner subsidiären Haftbarkeit nicht befreit wird. [1])

[1]) Dieser Artikel gründet sich auf folgende Grundsätze:

a. Das Pfandrecht ist ein zur Sicherung eines persönlichen Rechtes (nämlich der Forderung) dienendes dingliches Recht. Mit der Sache, an welcher das Pfandrecht haftet, geht somit auch die entsprechende Last auf den neuen Erwerber über, während die persönliche Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners fortdauert.

b. Nur dann geht auch diese persönliche Verpflichtung auf den neuen Erwerber des Pfandobjektes über, wenn letzterer dieselbe ausdrücklich übernimmt, d. h. der Gläubiger an denselben gewiesen wird.

c. Eine solche Anweisung kann nur mit Zustimmung des Gläubigers für diesen verbindlich werden. Ohne diese Zustimmung kann zwar der Erwerber des Unterpfandes gegenüber dem Veräußerer als Mandatar die Pflicht übernehmen, den Gläubiger zu befriedigen; allein letzterer verliert dadurch nicht sein Forderungsrecht gegenüber dem Mandanten (dem, das Unterpfand veräußernden Schuldner).

d. Dem Gläubiger muß, im Falle er sich nicht anweisen läßt, freistehen, ob er zuerst sein dingliches oder sein persönliches Recht geltend machen will, wie ihm auch, so lange das Pfand im Besitz des Schuldners sich befand, bei dessen Betreibung freistund, auf das Pfand oder auf anderes Vermögen des Schuldners zu greifen, d. h. sein dingliches oder sein persönliches Recht geltend zu machen.

Vgl. Oesterr. Ges. § 466. Dagegen suchen verschiedene schweizerische Gesetze, von praktischen Gründen geleitet, die Theilung von Pfand und Schuld zu verhindern, verfallen aber dabei in allerlei Willkürlichkeiten (s. Zürch. Ges. § 815 und 816, Soloth. Ges. § 857, Aarg. Ges. § 582 u. 583).

§ 295.

Zerstückelung des Grundpfandes. [1])

Wird ein Grundpfand durch Erbschaft oder Veräußerung (Kauf, Tausch, Schenkung) zertheilt, so bleibt jeder Theil für die ganze Pfandschuld solidarisch haftbar; [2]) doch steht jedem Eigenthümer eines solchen belasteten Theiles zu, die ganze versicherte Kapitalschuld mit Beobachtung der bedungenen oder üblichen Abkündungsfrist abzulösen und sich von dem bisherigen Gläubiger seinen Forderungstitel abtreten zu lassen. [3])

Dasselbe gilt, wenn mehrere für die nämliche Schuld gegebene Grundpfänder verschiedenen Eigenthümern anheimfallen. [4])

Nimmt der Gläubiger bei einer Vertheilung der ersteren oder letzteren Art eine Anweisung auf einzelne Theile des ursprünglichen Unterpfandes an, so haften diese jeweilen nur für den angewiesenen Betrag. [5])

Wenn eine verpfändete Liegenschaft oder ein Theil derselben expropriirt wird, so erlischt das Pfandrecht auf dem expropriirten Grundstücke; [6]) dagegen hat der Gläubiger bis auf den Belauf seiner Forderung Anspruch auf die Expropriationssumme. [7])

[1]) Die Zerstückelung der Grundpfänder hat noch mehr als deren Veräußerung in den schweizerischen Gesetzgebungen allerlei zum Theil weit auseinander gehende Künsteleien hervorgerufen zu dem Zwecke, um die Zerlegung der Gesammtschuld in Theilschulden zu bewirken, die solidarische oder subsidiäre Haftbarkeit der Pfandstücke zu beseitigen, die Auflösung des ganzen Schuldverhältnisses herbeizuführen u. s. w. So namentlich das Zürch. Ges. (§§ 810 bis 831).

[2]) Es beruht dies darauf, daß das Pfandrecht nicht etwa *pro rata* an den einzelnen Stücken oder Theilen des Pfandobjektes, sondern gesammtheitlich und einheitlich auf jedem einzelnen Theile desselben haftet. Hat daher der Schuldner A ein Stück seiner dem B für Fr. 1000 verpfändeten Wiese dem C und ein anderes dem D verkauft, so kann B jedes dieser Stücke für seine ganze Forderung von Fr. 1000 in Anspruch nehmen, wenn anders die Deckung so weit reicht.

[3]) Hiedurch wird die Ablösung der Schuld und somit die Beseitigung des komplizirten Verhältnisses erleichtert und zwar in völliger Analogie mit der in § 278 über die Ablösung von Bodenzinsen und Zehnten enthaltenen Bestimmung. Wenn in obigem Beispiele C sein von A gekauftes Grundstück von dem Schuldverhältniß befreien will, so kann er es dadurch thun, daß er den B für dessen Forderung befriedigt und alsdann gegenüber A und D an dessen Stelle tritt.

[4]) Vgl. Anm. 2.

[5]) Wenn also in obigem Beispiel B sich verpflichtet, an das dem C verkaufte Stück nur bis auf den Betrag von Fr. 300 sich zu halten, so wird dasselbe der Solidarität enthoben. Selbstverständlich ist das nämliche der Fall, wenn B sich für Fr. 300 förmlich an C weisen läßt, denn alsdann ist zugleich eine Theilung der Schuld eingetreten, derart, daß B gegenüber A nur noch eine Forderung von Fr. 700 hat.

[6]) Es wird hier der Untergang des Grundpfandes angenommen, so daß die Analogie mit § 293 eintritt.

[7]) Wenn daher $1/5$ eines für Fr. 1000 verpfändeten Grundstückes gegen eine Entschädigung von Fr. 500 expropriirt wird, so kann der Gläubiger diesen sämmtlichen Betrag als Abschlagszahlung beanspruchen. Es folgt dies aus der Solidarität des Pfandrechts.

Nach der von der ersten Kommission beliebten Fassung dauerte das Pfandrecht auf dem expropriirten Stück fort, jedoch nur bis auf den Belauf der zu bezahlenden Entschädigung, wonach der Expropriirende das expropriirte Grundstück nur dadurch von dem auf ihm haftenden Pfandrecht hätte befreien können, daß er dem Gläubiger die Entschädigungssumme bezahlte.

§ 296.

Uebergang des Pfandrechtes.

Geht eine versicherte Forderung auf einen andern Gläubiger über, so folgt ihr von selbst das entsprechende Pfandrecht nach, ohne daß hiezu eine Vormerkung im Pfandprotokoll erforderlich wäre. [1]) Doch dient eine solche, wenn sie mit Zustimmung der Betheiligten erfolgt, zum Beweise des Uebergangs der Pfandforderung. [1])

Das Pfandrecht allein, d. h. abgesondert von der versicherten Forderung, kann nicht ohne Einwilligung des Pfandschuldners und ohne neue Eintragung an einen andern Gläubiger rechtlich übertragen werden. [3])

[1]) Das Pfandrecht ist ein Akzessorium der Forderung und folgt daher von selbst dem Schicksale der letzteren. Es kann also A seinen Schuld- und Pfandbrief gültig an B abtreten, ohne daß der Uebergang in das Pfandprotokoll eingetragen werden müßte.

[2]) Die Vormerkung dieses Ueberganges oder ihre Unterlassung berührt zwar das dingliche Recht an sich nicht. Doch dient eine solche Vormerkung, wenn sie mit Zustimmung des Rechtsvorgängers (wie des den Schuld- und Pfandbrief Abtretenden) geschieht, als Ausweis für dessen rechtlichen Uebergang, was z. B. in Fällen, in welchen der in dritte Hände übergegangene Pfandbrief verloren geht, von Werth sein kann, um die Ausstellung eines neuen zu erwirken.

[3]) Durch Ablösung der bisherigen Pfandforderung von dem Pfande wird letzteres wieder seinem Eigenthümer frei und bedarf es daher eines neuen Rechtsgeschäftes zwischen letzterem und einem andern Gläubiger, um es diesem zu verpfänden. Es sei z. B. A Inhaber einer mit Grundpfand versicherten Forderung gegen B und habe zugleich eine Schuld gegen C, so kann er nicht sein Pfandrecht ohne Einwilligung des B an C, etwa als Sicherheit für die dem letzteren gegen ihn (den A) zustehende Forderung, abtreten.

§ 297.

Mehrfache Grundversicherung.

Sind mehrere Grundversicherungen auf dem nämlichen Grundpfand unter verschiedenen Daten eingetragen worden, so geht je die ältere in dem Sinne vor, daß die später versicherte Forderung nicht eher und nur in so weit Befriedigung an dem Pfande suchen kann, als die früher versicherte getilgt wurde oder durch das Pfand Deckung erhielt.

Werden an dem nämlichen Tage, aber nicht gleichzeitig, mehrere Verpfändungen der nämlichen Sache angemeldet, so hat die Eintragung in der gleichen Reihenfolge, in welcher sie angemeldet wurden, zu geschehen und ist alsdann je die vorangehende Eintragung als die ältere anzusehen. [1])

Diese Rangordnung tritt hinsichtlich derjenigen Gläubiger nicht ein, welche in den betreffenden Pfandverschreibungen einander gleichgestellt wurden, vielmehr sind alsdann dieselben als einander nach Maßgabe des Betrages ihrer versicherten Forderungen gleich berechtigt zu betrachten.

Ebenso sind Verpfändungen einander gleich berechtigt, für deren Eintragung die Anmeldung gleichzeitig erfolgt.

[1]) Eben deßhalb ist die sofortige Vormerkung der jeweilen eingehenden Anmeldungen im Tagbuch unerläßlich. — Das Zürch. (§ 796) erklärt, gewiß ungenau, die unter dem nämlichen Datum, also am nämlichen Tage eingetragenen Pfandrechte ohne Weiteres als einander gleichberechtigt.

[2]) Der auf dem Pfande sich ergebende Verlust muß demnach auf die gleichberechtigten Forderungen pro rata ihres Betrages vertheilt werden. Wenn also A mit Fr. 1000 und B mit Fr. 2000 auf der nämlichen Sache mit gleichen Rechten versichert sind und es wird bei der Auspfändung nur die Summe von Fr. 2400 durch das Pfandobjekt gedeckt, so ist der sich ergebende Verlust von Fr. 600 zwischen A und B so zu vertheilen, daß A daran $1/3$, also Fr. 200 und B $2/3$, also Fr. 400 trägt. Es versteht sich übrigens, daß die gleichberechtigten Verpfändungen auch in dem Pfandprotokoll als solche zu bemerken sind.

§ 298.

Auslösung der Vorpfandgläubiger.

Jeder Nachpfandgläubiger hat das Recht, den Vorpfandgläubiger durch Tilgung der Schuld, für welche diesem das Pfand haftet, auszulösen und dadurch in dessen pfandrechtliche Stellung einzutreten. Gehen ihm mehrere Pfandgläubiger vor, so darf er zwar einen oder mehrere derselben überspringen, jedoch nur so, daß er an die Stelle des ausgelösten Gläubigers mit keiner größern Summe tritt, als dessen Forderung beträgt. [1])

Dieses Recht steht jedem Nachpfandgläubiger auch während der zufolge der Gantordnung (§ 23) dem Schuldner anberaumten Auslösungsfrist für den Fall zu, daß letzterer von der Auslösungsbefugniß keinen Gebrauch machte. Doch ist er alsdaun, wenn mehrere Vorpfandgläubiger vorhanden sind, gehalten, sie sämmtlich auszulösen. [2])

Unter mehreren während gedachter Frist zur Auslösung sich meldenden Pfandgläubigern hat je der spätere (jüngere) den Vorzug [3])

Wenn mehrere gleichberechtigte Pfandgläubiger sich zur Auslösung eines ihnen vorangehenden Pfandgläubigers oder zur Auslösung eines gleichberechtigten melden, so hat je der zuerst sich Meldende den Vorzug. [4])

Die Bestimmungen über Ausschätzung mehrfach verpfändeter Grundpfänder bleiben der Gantordnung vorbehalten.

[1]) Gesetzt, es haben auf dem nämlichen Grundstücke A ein erstes Pfandrecht für Fr. 1000, B ein zweites Pfandrecht für Fr. 800 und C ein drittes Pfandrecht für Fr. 1300, so kann zwar C den A, indem er ihn für seine Forderung von Fr. 1000 befriedigt, auslösen und dadurch in dessen erstes Pfandrecht eintreten, jedoch

nicht etwa mit seinem ganzen Guthaben von Fr. 1300, indem dadurch das zweite Pfandrecht des B um Fr. 300 entwerthet würde, sondern blos mit Fr. 1000, während er für die übrigen Fr. 300 sich auch fortan mit dem dritten Pfandrecht begnügen müßte.

²) In diesem Falle (während hangender Gant) könnte C nicht anders in die Stelle des A eintreten, als indem er nebst dem A auch den B auslöst.

³) Wenn also (um bei obigem Beispiele stehen zu bleiben) sowohl B als C sich zur Auslösung des A anmelden, so hat C vor B den Vorzug, mag er auch erst nach B sich angemeldet haben; doch muß er alsdann auch den B auslösen.

⁴) Wenn die beiden gleichberechtigten zweiten Pfandgläubiger F und G sich zur Auslösung des ersten Pfandgläubigers E anmelden, F aber sich vor G anmeldet, so hat ersterer den Vorzug.

§ 299.

Löschung der Grundversicherung.

So wie das Pfandrecht erloschen ist (§ 285), kann der Pfandschuldner nicht nur die Zurückstellung der Pfandurkunde, sondern auch die Löschung der Grundversicherung in dem Pfandprotokoll verlangen. Es ist jedoch dieselbe nur auf Grund zureichender Ausweise, wozu namentlich die Quittung der Pfandschuld oder Ermächtigung zur Löschung ab Seiten des gewesenen Pfandgläubigers oder des ihn Vertretenden gehört, vorzunehmen. ¹)

So lange die Löschung des Pfandrechtes nicht erfolgt ist, spricht die Vermuthung für dessen Fortbestand. ²)

Blos theilweise Abtragungen der Pfandschuld sind auf Verlangen des Schuldners ebenfalls im Protokoll sowohl als auf der Pfandurkunde anzumerken, jedoch nur auf Grund der nämlichen Ausweise, welche zu Löschung der Grundversicherung erforderlich sind.

Sowohl den Löschungen als den Abschreibungen ist Datum und Unterschrift des Protokollführers beizufügen.

¹) Der Protokollführer wird daher die Löschung nicht eher vornehmen, als bis er sich von der Tilgung der Pfandschuld beziehungsweise von der Zustimmung des Pfandgläubigers genügend überzeugt hat. Im Zweifel wird er letzteren anfragen.

²) Das Pfandrecht erlischt zwar von Rechtswegen durch Tilgung der Schuld oder Verzicht des Gläubigers. So lange aber die Löschung nicht erfolgt ist, so liegt vorkommenden Falls der Beweis, daß es erloschen sei, dem Pfandschuldner ob, was namentlich dann von praktischer Bedeutung werden könnte, wenn der Pfandbrief nach Tilgung der Schuld dem Schuldner nicht zurückgestellt wurde und vielleicht sogar in den Besitz Dritter überging.

Es sollten daher vorsichtige Schuldner es nicht, wie es bei uns so oft geschieht, versäumen, nach Befriedigung des Gläubigers für die Löschung im Pfandprotokoll besorgt zu sein.

Anmerk. Nach altdeutschem Recht mußte natürlich nach Tilgung der Schuld das (in Besitz und Genuß des Gläubigers übergegangene) Pfand zurückgestellt werden, und zwar scheint, hierzuland wenigstens, die Uebung gegolten zu haben, daß, wenn die Tilgung vor Johannis-Tag erfolgte, der Nutzen desselben Jahres dem Schuldner, wenn sie aber nach Johannis-Tag erfolgte, er dem Gläubiger zukommen sollte (s. Mohr Cod. dipl. III. Nr. 91).

§ 300.

Ersetzung ab Handen gekommener Pfandbriefe.

Ein neuer Pfandbrief darf an die Stelle eines ab Handen gekommenen oder untergegangenen, auf Begehren des über seinen Rechtstitel sich Ausweisenden,[1]) nur mit Bewilligung des Kreisgerichtes und nach erfolgter Amortisation des alten ausgefertigt werden. Die Amortisation besteht in der gerichtlichen Bekanntmachung, wodurch die möglichst genau zu bezeichnende ab Handen gekommene Pfandurkunde als ungültig erklärt wird.

[1]) Da die Pfandbriefe durch Abtretung oder Vererbung auf andere Gläubiger übergehen können, die in dem Pfandprotokoll, wenn der Uebergang in demselben nicht angemerkt ist, nicht erscheinen, so muß der um die Erneuerung eines Pfandbriefes Einkommende sich über seine Berechtigung gehörig (wie durch die Erklärungen seines Rechtsvorgängers und des Schuldners) ausweisen.

[2]) In der Regel wird es angemessen sein, eine öffentliche gerichtliche Aufforderung zur Beibringung der angeblich verloren gegangenen Urkunde vorausgehen zu lassen.

Anmerk. Schon das Landbuch der V Dörfer ermächtigte „Richter und Gericht", wenn Jemand durch „Brunst oder krieg oder sonst in anderweg brieffen verlohren hatte oder drum kommen were", ihm „andern Brief und Sigel aufzurichten".

C. Aufsicht und Verantwortlichkeit.

---

§ 301.

Aufsicht über die Protokollführung.

Die Aufsicht über die Führung der Pfandprotokolle liegt zunächst den Kreisgerichten und ihren Präsidenten ob.[1])

Erstere haben je im Beginne ihrer Amtsperiode durch eines oder mehrere ihrer Mitglieder die Pfandprotokolle untersuchen zu lassen, um sich von ihrem vorschriftmäßigen Zustand zu überzeugen. Die Oberaufsicht über das Hypothekarwesen steht dem Kleinen Rathe zu, der auch die geeigneten Vorschriften behufs zweckmäßiger Einrichtung der Pfandbücher erlassen wird.[2])

[1]) Den Kreisgerichten sollte daher auch die Bestellung der Protokollführer überlassen werden.

Auch dürfte es im Interesse einer geordneten und zuverlässigen Führung der öffentlichen Protokolle liegen, wenn solche nicht für jede, selbst kleinste, Gemeinde, sondern etwa nur für jeden Kreis angelegt und ihre Führung, als in das Bereich der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit fallend, den Kreisgerichtskanzleien übertragen würden. Man zog es jedoch vor, in diesem Gesetz nicht zu tief in das Organische einzugreifen.

²) Der Kleine Rath wird also namentlich die geeigneten Instruktionen über Einrichtung von Pfandbüchern erlassen und entsprechende Formulare fertigen lassen, auch die Kreisgerichte anhalten, Beschwerden über mangelhafte Protokollführung abzuhelfen u. s. w.

§ 302.

Verantwortlichkeit der Protokollführer.

Die Protokollführer, welche den Vorschriften dieses Gesetzes, so weit sie ihre Verrichtungen betreffen, aus Fahrläßigkeit [1]) zuwiderhandeln, sind von dem ihnen vorgesetzten Kreisgerichte, wenn daraus kein Schaden entstand, mit einer Buße von Fr. 2 bis Fr. 15, wenn aber daraus Schaden entstand, [2]) mit einer solchen von Fr. 10 bis Fr. 100 zu belegen.

Geschah die Uebertretung mit böser Gefährde, so verfällt sie dem Strafrichter.

¹) Z. B. wenn die Eintragung nicht gemäß den Vorschriften des § 288, bez. nicht nach Instruktion erfolgte.

²) Z. B. wenn auf dem einzutragenden Pfandbrief das Bestehen eines Vorpfandes nicht angemerkt und in Folge dessen der Gläubiger in die Meinung versetzt wurde, das erste Pfandrecht zu besitzen und sein Kapital solid angelegt zu haben, bis er im Konkurse des Schuldners mit Schaden seinen Irrthum entdeckt. Für solchen durch blose Fahrlässigkeit verursachten Schaden ist demnach der Protokollführer zwar dem Geschädigten nicht haftbar, wohl aber trifft ihn alsdann die höhere Buße.

So sehr eine weitergehende Verantwortlichkeit, sei es des Protokollführers sei es des Aufsicht führenden Kreisgerichtes, im Interesse der Solidität und des Kredites unseres Hypothekarwesens läge, so glaubte man doch von einer solchen Umgang nehmen zu müssen, um nicht allzusehr gegen hierländische Gewohnheiten und Volksanschauungen zu verstoßen. Es dürfte indeß die Buße, wenn sie nur unnachsichtig angewendet würde, meist die Protokollführer zur Genauigkeit genügend anspornen.

Anmerk. Aus verschiedenen Gründen wurden Bestimmungen über amtliche Schatzung von Unterpfändern hier nicht aufgenommen. Sollte man solche in der Folge für nöthig erachten, so werden sie besser den Gegenstand besonderer Verordnungen und Instruktionen bilden.

Drittes Kapitel.

Faustpfandrecht.

---

§ 303.

Woran es bestellt werden kann.

Ein Faustpfandrecht kann bestellt werden:

a. an einer beweglichen körperlichen Sache, und zwar

an einer Einzelsache sowohl als an einer Gesammtsache (z. B. einem Waarenlager, einer Viehhabe);

b. an einer, sei es unversicherten, sei es auf einem Faust- oder Grundpfand versicherten Forderung, insofern diese auf einer Urkunde (Schuldschein, Aktienschein u. s. w.) beruht.[1])

[1]) Da das Faustpfandrecht die Hingabe einer Sache in den Besitz des Gläubigers voraussetzt, ist obige Einschränkung nothwendig, wonach die Verpfändung von Forderungen immer mit der Hingabe einer Urkunde, als einer körperlichen, somit sinnlich wahrnehmbaren Sache in den physischen Besitz des Gläubigers verbunden sein muß.

Anmerk. Im Mittelalter war die Verpfändung von Rechten, namentlich Zehnten und Lehen sehr häufig (s. z. B. die Verpfändung des bischöflichen Kornzehntens in Zuz an Andr. Planta 30. Okt. 1291 und der bischöflichen Einkünfte in Zernetz an Conr. Planta den 19. Okt 1293 in Mohr Cod. dipl. Nr. 57 u. 62).

§ 304.

Besitzesübergabe.

Die Besitzesübergabe zu Faustpfand findet im Allgemeinen auf dieselbe Weise wie diejenige zu Eigenthum statt (§ 188).

Die Verpfändung einer Forderung erheischt die Uebergabe ihres urkundlichen Titels in den Besitz des Pfandgläubigers.[1])

Der Besitz des Faustpfandes kann von dem Pfandgläubiger auch durch Dritte,[2]) nicht aber durch den Schuldner ausgeübt werden.[3])

[1]) Vgl. Anm. 1 zu § 303.

[2]) Der Gläubiger A kann also durch seinen Beauftragten B ein Faustpfand von dem Schuldner C in Empfang nehmen und durch ihn auch den Besitz an demselben ausüben.

[3]) Es liegt in der Natur des Pfandrechts, daß der Schuldner sich des Besitzes am Pfandobjekt entäußere, weil einzig hiedurch das Faustpfandrecht eine feste auch für Dritte wahrnehmbare Grundlage erhält. Daher kann der Schuldner nicht im Namen des Gläubigers den Besitz am Pfandobjekt ausüben. Aus dem nämlichen Grund ist selbst der Mitbesitz des Schuldners, indem ihm z. B. ein Schlüssel zum verpfändeten Waarenlager überlassen wird, unzulässig (s. § 305).

§ 305.

Verpfändung einer Gesammtsache.

Wird eine Gesammtsache ohne besondere Bezeichnung ihrer Bestandtheile verpfändet, so erstreckt sich das Pfandrecht auf alle in derselben begriffenen, selbst auf die erst seither hinzugekommenen Stücke.[1])

Zu gültiger Bestellung eines Pfandrechtes an einer Gesammtsache genügt nicht die blos symbolische Besitzesübergabe, sondern ist die Uebergabe derselben in den ausschließlichen Besitz des Pfandgläubigers erforderlich.[2])

[1]) Wenn z. B. in einer verpfändeten „Viehhabe" eine Kuh ein Kalb wirft, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf letzteres. Es wäre dies aber nicht der Fall, wenn die einzelnen Stücke, welche die Viehhabe bilden, als solche und nicht als Gesammtsache (als „Viehhabe") verpfändet wurden.

²) Es genügt somit nicht z. B. die blose Uebergabe eines Schlüssels zu dem zu verpfändenden Waaren- oder Weinlager, insofern der Schuldner dennoch im thatsächlichen Besitz desselben bleibt. Der Gläubiger wird also, um daran ein gültiges Pfandrecht zu erlangen, allein die Schlüssel zu dem betreffenden Magazin oder Keller besitzen müssen und auch dem Schuldner nicht gestatten dürfen, fortan über das Lager zu verfügen, indem sonst Dritte nicht in der Lage wären, zu erkennen, daß jenes Lager kein freies Eigenthum des Schuldners sei und somit leicht veranlaßt werden könnten, ihm zu ihrem Schaden Kredit zu geben. (Vgl Anm. 2 zu § 304.)

Da unter solchen Umständen die Verpfändung von Gesammtsachen selten möglich sein wird, weil der Schuldner sich des Besitzes derselben, an den sich meist sein Erwerb knüpft, selten begeben kann, hatte sich die erste Kommission nach einem Mittel umgesehen, die Verpfändung solcher Gesammtsachen in einer Weise möglich zu machen, daß sowohl der Gläubiger als Dritte genügend geschützt wären, ohne daß der Schuldner sich des ihm unentbehrlichen Besitzes zu begeben hätte. Sie ging hiebei von der Ansicht aus, daß es für denjenigen, dessen größtes oder vielleicht ganzes Vermögen in einem Waarenmagazin oder in einer Viehhabe liege, eine große Härte wäre, zu Erlangung eines ihm vielleicht ganz unentbehrlichen Darlehens, jenes sein Eigenthum thatsächlich nicht verpfänden und somit dasselbe für den eigenen Kredit nicht so verwerthen zu können, wie anderartiges Eigenthum verwerthet werden kann.

Da es sich hier um einen sehr wichtigen Gegenstand des Kredites und des Verkehrs und zugleich um eine sehr bestrittene Frage handelt, lohnt es sich wohl, die betreffenden Bestimmungen, über welche sich die erste Kommission vereinigt hatte, hier mitzutheilen. Sie lauten:

„Läßt sich eine Gesammtsache (wie ein Waarenmagazin, eine Viehhabe, das in einer Scheune befindliche Heu oder Stroh, der Weinvorrath eines Kellers, eine Bibliothek) ihrer Natur nach, oder weil der Schuldner sich ihrer Benutzung nicht ohne großen Nachtheil entschlagen könnte, nicht füglich in den Besitz des Pfandgläubigers übergeben, so kann an derselben ein Pfandrecht durch Eintragung in das Pfandprotokoll bestellt werden und gelten alsdann hiefür dieselben Bestimmungen wie für die Eintragung von Liegenschaften.

In solchem Falle steht dem Schuldner die fortgesetzte Benutzung der Gesammtsache in der Weise zu, daß er über einzelne Stücke derselben, so weit es die Natur des Pfandobjektes mit sich bringt und dessen Werth nicht wesentlich vermindert wird, verfügen darf.

Dritten gegenüber kann der Pfandgläubiger sein Pfandrecht nur mit Rücksicht auf die Gesammtsache, so weit diese noch vorhanden ist, nicht aber mit Rücksicht auf einzelne von derselben weggekommene Stücke oder Bestandtheile geltend machen.“

Die zweite Kommission dagegen fand einestheils, es sei der Begriff einer Gesammtsache zu schwankend, als daß auf denselben eine so exzeptionelle Bestimmung gegründet werden könnte und anderntheils, es würde auch damit noch zu vielen Täuschungen des Publikums Anlaß geben, und ließ daher diesen Theil des § 305 fallen. Die Erfahrung muß lehren, welche von beiden Kommissionen das Richtige getroffen.

§ 306.

Verpfändung einer Forderung.

Wird eine verzinsliche Forderung verpfändet, so werden, wenn nichts anderes bedungen ist, nur das Kapital und der bei dessen gerichtlicher Zuschätzung laufende Zins, nicht aber die in der Zwischenzeit verfallenden Zinse als verpfändet angesehen. ¹)

Wenn die Verpfändung einer Forderung auch gegenüber dem Schuldner der verpfändeten Forderungssumme gültig werden soll, so

muß ihm davon Anzeige gemacht werden.[2]) Es hat diese Anzeige alsdann für ihn zur Folge, daß er den Schuldbetrag, so lange das Pfandrecht dauert, nicht mehr an seinen Gläubiger, sondern nur entweder, mit Bewilligung des letzteren, an den neuen Besitzer des Pfandbriefes oder aber mittelst gerichtlicher Hinterlage[3]) gültig abtragen kann.

Sind mit dem Kapital auch die Zinsen verpfändet, so hat der neue Besitzer des Pfandbriefes das Recht, letztere zu beziehen.[4])

[1]) Der Verpfänder bleibt bis zur Auspfändung Eigenthümer seines Kapitals und ist, wenn nichts anderes verabredet wurde, zum Bezug der Früchte desselben eben so berechtigt, wie der Verpfänder eines Grundstücks zum Bezug der Früchte des letzteren.

[2]) Wenn also A eine Forderung von Fr. 1000, die er gegen B hat, dem C verpfändet, so muß letzterer es sich angelegen sein lassen, daß B hievon in Kenntniß gesetzt werde, widrigenfalls dieser, wenn er von der Verpfändung nichts weiß, durch Zahlung der Fr. 1000 an A sich von seiner Schuld gültig befreien kann, wodurch C um sein Pfand gebracht wäre. Es wird rathsam sein, dem Schuldner diese Anzeige amtlich intimiren zu lassen.

[3]) Diese gerichtliche Hinterlage wird namentlich dann am Platz sein, wenn der Schuldner über die Verpfändung oder deren Gültigkeit im Zweifel ist. Es versteht sich, daß von derselben dem Pfandschuldner (dem Gläubiger des Hinterlegenden) und dem Pfandgläubiger Kenntniß zu geben ist.

[4]) Ueber diesen Bezug wird er selbstverständlich dem Pfandschuldner zur Rechnung zu stehen haben.

§ 307.

Gesetzliches Faustpfandrecht.

Ein gesetzliches Faustpfandrecht (Retentionsrecht)[1]) haben:

1. Vermiether und Verpächter an der in die vermietheten oder verpachteten Räume, beziehungsweise Grundstücke, eingebrachten oder in denselben befindlichen[2]) Fahrniß des Miethers oder Pächters[3]) für den laufenden und den zuletzt verfallenen Zins.[4])

   In gleicher Weise haften ihnen auch die Fahrnisse des Hintermiethers (Aftermiethers) beziehungsweise Hinterpächters, so weit als der Hintervermiether, beziehungsweise Hinterverpächter, an ihn noch eine von der Hintermiethe oder Hinterpacht herrührende-Forderung hat.[5])
2. Kostgeber und Gastwirthe an der in die Wohnung des Kostgebers oder Gastwirthes eingebrachten Fahrniß des Kostgängers oder Gastes, für das Kostgeld oder die Wirthsrechnung eines halben Jahres.[6])
3. Stallwirthe an der in ihre Räume eingebrachten Fahrniß Desjenigen, der bei ihnen Pferde oder Vieh einstellte, sowie an letzteren selbst für das Futtergeld eines halben Jahres.[7])
4. Arbeiter und Beauftragte (Mandatare, Depositare, Kommissionäre, Frachtführer, Speditoren) an der ihnen in

Arbeit, Besorgung oder Verwahrung gegebenen Sache für ihre von derselben herrührenden Forderungen. [8])

In Fällen, in welchen der Schuldner, sei es die Forderung, auf welche der Gläubiger sein Retentionsrecht gründet, sei es letzteres selbst nicht anerkennt, oder Gefahr einer Verschleppung vorliegt, kann von dem Richter das angebliche Faustpfand in amtliche Gewahrsam genommen oder mit Sequester belegt werden.

Wenn der angebliche Schuldner den von dem Retentionsberechtigten geforderten Betrag gerichtlich hinterlegt, kann er die Aushändigung des Faustpfandes verlangen.

[1]) Das gesetzliche Faustpfandrecht ist im Grunde nicht identisch mit dem römischen Retentionsrecht, indem jenes dem Gläubiger das Recht gibt, das Pfand zum Behuf seiner Befriedigung ausschätzen zu lassen, während das Retentionsrecht blos das Recht gab, den als Sicherheit dienenden Gegenstand bis zur Befriedigung zurückzubehalten und so den Schuldner zur Zahlung zu zwingen. Unser Gesetzbuch kennt aber das Retentionsrecht nur in der Form eines eigentlichen Pfandrechtes.

[2]) Also auch an der auf dem Gute selbst erzeugten Fahrniß.

[3]) Demnach kommt es nicht darauf an, ob die Fahrniß zur Zeit als das gesetzliche Pfandrecht an derselben geltend gemacht werden will, noch Eigenthum des Schuldners ist, sondern nur darauf, ob sie zur Zeit, als sie von ihm eingebracht wurde, sein Eigenthum war. War letzteres der Fall, so haftet sie als gesetzliches Pfand, wenn gleich sie etwa seither veräußert wurde. Nach verschiedenen Gesetzgebungen ist nicht nur die dem Schuldner gehörige, sondern selbst die ihm anvertraute Fahrniß mit dem gesetzlichen Pfandrecht belegt, und es ist nicht zu leugnen, daß hiedurch manchen Täuschungen und auch manchen Streitigkeiten vorgebeugt wird. Wenn übrigens der Pächter (oder Miether) durch eine unwahre Erklärung, daß die eingebrachte Fahrniß ihm gehöre, den Verpächter (Vermiether) täuschte und dadurch zu Schaden brächte, so würde er sich des Betruges schuldig machen.

[4]) Wurde demnach z. B. eine Wohnung halbjahrweise vermiethet, so gilt das Pfandrecht für den laufenden und einen verfallenen Halbjahrzins.

[5]) Z. B. A vermiethet an B ein Stockwerk für Fr. 400, B vermiethet hinwieder in dem nämlichen Stockwerk an C zwei Zimmer für Fr. 130. B bleibt um Fr. 200 mit seinem Zins in Rückstand, so daß A ihm auf das nächste Miethziel aufkündet (s. § 416), so haftet dem A für den Rückstand von Fr. 200 nicht nur die Fahrniß des B, sondern auch diejenige des C, sofern und soweit dieser dem B noch für die zwei von letzterem gemietheten Zimmer etwas schuldig ist. C kann aber dadurch seine Fahrniß frei machen, daß er dem A den Betrag, den er noch dem B schuldet, bezahlt. A wird daher wohl daran thun, sobald B mit seinem Zins in Rückstand geräth, dem C anzuzeigen, daß er seinen dem B noch nicht bezahlten oder noch verfallenden Zins für so lange bis B ihn (den A) befriedigt, demselben nicht entrichte. In Fällen, in welchen A und B sich um den Zins des C streiten, wird letzterer wohl thun, seinen Zinsbetrag gerichtlich zu hinterlegen.

[6]) Demnach werden Schenkwirthe für blose Getränke ein solches Pfandrecht nicht in Anspruch nehmen können, da letztere alsdann nicht als Bestandtheile der Kost erscheinen.

[7]) Es kommt also hiebei nicht darauf an, ob die eingestellten Thiere dem Einsteller selbst gehören oder nicht.

[8]) Es versteht sich, daß der Arbeiter oder Beauftragte sein gesetzliches Pfandrecht an der ihm anvertrauten Sache geltend zu machen hat, bevor er diese dem Eigenthümer zurückstellt, widrigenfalls er desselben verlustig wird.

Anmerk. Ein gesetzliches Pfandrecht für Haus- und Stallmiethen kannte

schon das alte Churer St. R. (v. 1549), wonach man sich für „verlegene Haus- oder Stallzinse“ dreier Jahre „ab dem was sich in Haus oder Stall befindet“ bezahlt machen konnte. Eine Spur eines solchen gesetzlichen Pfadrechtes findet sich auch in der Vorschrift der Poschiaver St. (c. 40), wonach dem Pächter keine Früchte des Pachtgutes gepfändet werden können, bevor der Verpächter für seinen Pachtzins befriedigt ist.

§ 308.

Umfang des gesetzlichen Pfandrechts.

Das gesetzliche Pfandrecht erstreckt sich auf die pfändbaren Sachen nur so weit als es die volle Sicherung der Forderung erheischt [1]) und jedenfalls nicht auf die von der gerichtlichen Schatzung ausgeschlossenen nothdürftigsten Fahrnisse (§ 14 der Gantordnung).

Die Vornahme der diesfälligen Ausscheidung liegt, wenn die Parteien sich nicht einigen können, dem Gantrichteramte ob.

[1]) Der Hausbesitzer z. B. darf demnach nicht mehr Mobilien des Miethers als Sicherheit zurückbehalten, als zu Sicherung seiner Forderung nöthig ist. Indeß wird man den Begriff des zur Sicherung des Gläubigers „Nöthigen“ nicht zu eng begrenzen und demselben eher zu viel als zu wenig pfändbare Sachen zuweisen.

§ 309.

Selbstpfändung.

Das Recht der Selbstpfändung, d. h. das Recht, durch einseitige Besitzergreifung eine Sache sich als Pfand zuzueignen, [1]) hat der Besitzer (Eigenthümer, Pächter oder Nießbraucher) [2]) eines Grundstücks an den fremden Thieren, wodurch auf demselben widerrechtlich [3]) Schaden verursacht worden, für seine daherige Schadensforderung. Die Pfändung muß auf frischer That und mit möglichster Schonung geschehen.

Bei dieser Selbstpfändung beginnt das Pfandrecht mit dem Augenblicke, in welchem der Beschädigte den physischen Besitz über die pfändbaren Thiere sich zueignet (§ 180).

Hühner und Tauben dürfen, wenn sie auf einem fremden Grundstücke Schaden anrichten, nach dreimaliger Verwarnung ihres Eigenthümers von dem Geschädigten getödtet werden.

[1]) Die Selbstpfändung unterscheidet sich von dem gesetzlichen Pfandrecht dadurch, daß der physische Besitz an der pfändbaren Sache erst erlangt werden muß. Sie ist ein Ueberrest des mitlelalterlichen Rechts zur Selbsthülfe (sie hieß im Mittelalter „Viehforst“), ist aber dessenungeachtet empfehlenswerth, nicht nur weil sie bei uns allgemein einheimisch ist, sondern auch als Mittel, die geschehene Beschädigung zu konstatiren und einer Wiederholung derselben vorzubauen. Es schließt übrigens dieses Selbstpfändungsrecht die in den Gemeinden zu Ausübung der Feldpolizei gewöhnliche Bestellung eigener Pfänder nicht aus.

[2]) Also nicht blos der Eigenthümer, sondern Jeder, der ein Nutzungsrecht an dem Grundstück ausübt.

[3]) Also nicht wenn z. B. der Viehbesitzer nur ein ihm gesetzlich zustehendes Weidrecht ausübt.

Anmerk. Mehrere unserer Statuten enthalten über die Selbstpfändung Bestimmungen. Die Fürst. St. sagen: „wo Häuser an Güter stoßen, soll man die

Hennen und Hühner im Vayen (Mayen? Frühling?) 3 Wochen inhalten und Im reiff werden auch 3 Wochen." Ferner berechtigten dieselben Statuten, Hühner und Gänse, die in Gütern eines Andern betroffen würden, zu pfänden und den Schaden schätzen zu lassen. Obervazer St.: „Wan des guts Her pfenden wil, so mag er gleichfalls pfenden, will er aber nit daran kommen, so mag er sein schaden lassen schetzen. Und wan schon der pfender pfendet, so ist deme, so der schaden geschieht, um den schaden seine rechte dannoch vorbehalten." Nach den nämlichen Statuten durften Hühner 3 Wochen nach angefangener Ansäung und während 3 Wochen der Erndte nicht ausgelassen werden, widrigenfalls Jedermann sie tödten durfte. Des Selbstpfändungsrechtes an Vieh ist auch in einer alten Churer Stadtverordnung (zwischen 1368 und 1376) erwähnt („Wer vih ... in seiner wisen fundi, daz... mag er pfenden.")

§ 310.

Verfahren nach derselben.

Die geschehene Selbstpfändung ist nebst der Forderung für verursachten Schaden und für Fütterung [1]) innert 12 Stunden dem Eigenthümer der gepfändeten Thiere, beziehungsweise seinem Stellvertreter oder, zu dessen Handen, der mit der Feldpolizei beauftragten Ortsbehörde anzuzeigen, widrigenfalls das Pfandrecht erlischt. Der Gepfändete seinerseits hat das Recht, das Pfand gegen Entrichtung oder amtliche Hinterlage [2]) des geforderten oder des im Falle augenscheinlicher Ueberforderung amtlich ermäßigten Betrages, auszulösen. Thut er dies nicht innert 24 Stunden, von der ihm gewordenen Anzeige an gerechnet, so kann der Selbstpfänder an dem Pfande auf dem Schatzungswege Befriedigung suchen. [3])

Den für geringfügige Schädigungen zu leistenden Schadensersatz durch bestimmte Taxen festzusetzen, bleibt der polizeilichen Gesetzgebung der Gemeinden vorbehalten. [4])

[1]) Die bis zur Auslösung oder Ausschätzung allfällig noch auflaufenden Fütterungskosten bleiben selbstverständlich vorbehalten.

[2]) Es braucht also der Betrag nicht bei Kreisamt, sondern auch nur bei der durch Uebung der Ortsstatuten hiefür bestimmten Amtsstelle, wie etwa bei dem Gemeinderath, Polizeiamt u. s. w. hinterlegt zu werden. Der nämlichen Amtsstelle steht es auch zu, nöthigenfalls den Betrag der zu leistenden Hinterlage zu bestimmen. Daß nach stattgefundener Hinterlage noch immer über die Schadensforderung zertirt werden kann, versteht sich von selbst.

[3]) Freilich wird in solchem Fall der Betrag des Schadens, wenn er nicht schon durch die Gemeindsverordnungen taxirt erscheint, vorerst amtlich auszumitteln sein.

[4]) Den feldpolizeilichen Verordnungen der Gemeinden soll im Uebrigen durch obige Bestimmungen nicht vorgegriffen werden.

Anmerk. Nach dem Klosterser Landb. hatten die obrigkeitlichen Pfänder oder der Beschädigte das gepfändete Vieh zum Rathwirth „hinter Recht zu stellen samt einem Tröster um die Köstung was darauf verlaufen wurde", sodann dem Eigenthümer des gepfändeten Viehs es anzuzeigen, welcher „solches in drei nächstfolgenden Tagen lösen und ledig machen und sich mit dem Gegentheil um den Schaden, der durch Gericht oder ehrbar Leut besichtigt und angelegt werden soll, vertragen oder auch um den verordneten Pfandpfennig vergleichen soll", widrigenfalls über den Schaden rechtlich abzuurtheilen ist und der Geschädigte, wenn die Zahlung verweigert wird, sich an dem gepfändeten Vieh bezahlt machen kann. — Das Davoser L. B. hat Taxen für mäßige Schädigungen „und so einer sein Vieh nit lösen wollte von

dem, der es gepfendt hat, alsdan soll der Pfender das Vieh hinter Gericht stellen." Auch ist unverzügliche Anzeige an den Gepfändeten dem Pfänder zur Pflicht gemacht. — Stat. v. Oberhalbstein: „Thuet jemand auf seinen eygenen Güeter pfänden, so hat er die wahl alleinig das Pfand zu nehmen und empfangen oder umb seinen Schaden suchen und schatzen zu lassen, aber die an Zal deren ein Schaden gewesenen Stück Viehs ist schuldig der so gepfendet hat (wann er keine Kundschafter darthun mag) bey seinem Eydt anzuzeigen, da man ihme nit auf gute trewe will glauben."

§ 311.

Pflichten mit Bezug auf das Faustpfand.

Der Pfandgläubiger ist mit Rücksicht auf die Verwahrung des Pfandes als Verwahrer einer fremden Sache (Depositar) zu behandeln (§ 378 ff) und ist namentlich nicht berechtigt, dasselbe zu benutzen.

Hinterverpfändungen von Faustpfändern sind nicht zulässig.[1])

[1]) Nach dem ursprünglichen Entwurf war nur die Hinterverpfändung von Forderungen für unzulässig erklärt, wogegen ein sonstiger Faustpfandgläubiger seine Forderung mit dem Pfandrecht sollte weiter verpfänden dürfen. Die zweite Kommission zog aber vor, jede Hinterverpfändung von Faustpfändern für unzulässig zu erklären, von der Ansicht ausgehend, daß das Rechtsverhältniß durch jede solche Hinterverpfändung, namentlich zum Nachtheil des ersten Pfandschuldners, verwickelt zu werden Gefahr läuft.

Anmerk. Ein Beispiel einer im Mittelalter vorkommenden, freilich ausdrücklich bedungenen, Afterverpfändung s. in Mohr Cod. dipl. II. Nr. 160, wo Joh. v. Schauenstein (d. 6. Jan. 1316) gegenüber seinem Bruder Ulrich, den von letzterem ihm verpfändeten Zehenden zu Andest und Waltramsburg „anderswar" zu „versetzen" sich bedingt, und zwar mit dien rechten und gedingen und ze den zilen als er im stat."

§ 312.

Verlust des Pfandrechts.

Der Faustpfandgläubiger verliert das Pfandrecht mit dem Besitze am Pfand.

Der Verlust des Pfandbesitzes ist nach den Grundsätzen des Verlustes des Erjährungsbesitzes (§ 207) zu beurtheilen.[1])

[1]) Der Faustpfandgläubiger hat auch Besitzesrechte (s. § 181) und es muß ihm daher im Fall einer Besitzesstörung die summarische Besitzesklage (laut § 184) zustehen. Wenn daher z. B. der Miethsmann, der mit dem Zins in Rückstand ist, seine Mobilien heimlich oder gar gegen amtliches Verbot aus der Miethwohnung entfernt, so kann sie der Vermiether zurückfordern. Ebenso kann der Fuhrmann, dem sein Frachtstück von dem die Fracht schuldenden Eigenthümer gewaltsam entrissen wurde, dasselbe behufs Fortsetzung seines Pfandbesitzes zurückfordern. So wie aber ein Faustpfandberechtigter den Besitz am Faustpfand freiwillig aufgibt, oder ihn ohne begründete Hoffnung auf dessen Wiedererlangung verliert oder endlich die zur Klage gegen Besitzesstörungen anberaumte Frist versäumt, so erlischt sein Pfandrecht. Wohl unjuristisch ist es, wenn das Zürch. Ges. (§ 865) das Pfandrecht unbedingt mit dem Verlust des Besitzes untergehen läßt.

Dritter Theil.

Forderungsrecht.

(Persönliche Rechte.)

Einleitende Bestimmungen.

---

§ 313.

Natur der persönlichen Rechte.

Persönliche Rechte (Forderungen) bedingen, da sie direkt gegen andere Personen gerichtet sind (§ 176), immer auch eine persönliche Verpflichtung der letzteren. [1])

[1]) Während die dinglichen Rechte (ius in re) stets unmittelbar auf eine Sache gerichtet sind, sind dagegen die persönlichen Rechte unmittelbar gegen eine Person gerichtet (ius in personam), in der Weise, daß letztere jener gegenüber zu einer Leistung, gleichviel ob zu persönlichen Diensten oder zum Geben einer Sache, verpflichtet ist. Meist wird die Lehre von diesem Rechtsverhältniß, vom Standpunkt des Verpflichteten aus betrachtet, Obligationenrecht genannt. Wenn z. B. A dem B versprochen hat, 100 Pfd. Kaffe zu liefern, so ist zwar die Berechtigung des B gegenüber dem A in ihrem Endziel auf eine Sache (den Kaffe) gerichtet; nichts desto weniger ist sie keine dingliche, sondern eine persönliche, indem B nur dadurch, daß er den A persönlich zur Leistung anhält, in den Besitz der versprochenen 100 Pfd. Kaffe gelangen kann.

§ 314.

Wie sie begründet werden.

Die persönlichen Rechte werden begründet:
1. durch Verträge;
2. durch ungehörige Bereicherung;
3. durch Schädigung. [1])

[1]) Es braucht also eine Forderung bez. eine Verpflichtung nicht nothwendig aus einem Vertrage zu entspringen, sondern kann ausnahmsweise auch aus gewissen faktischen Verhältnissen und Ereignissen hervorgehen, und zwar dann, wenn Einer ohne Rechtsgrund sei es auf Kosten eines Andern sich bereichert, sei es einen Andern schädigt, in welchen beiden Fällen er vermöge dieser Thatsachen zu einer Ersatzleistung verpflichtet wird (s. §§ 467—472).

Erster Abschnitt.

Von den Verträgen.

Erstes Kapitel.

Im Allgemeinen.

I. Eingehung der Verträge.

§ 315.

Natur der Verträge.

Zwischen zwei Personen kommt ein Vertrag dadurch zu Stande, daß die eine eine Leistung (bestehe sie in dem Hingeben einer Sache, einem Thun oder einem Unterlassen) verspricht, die andere das Versprechen annimmt, wodurch jene pflichtig wird, ihr Versprechen zu erfüllen. [1]) Wenn die das Versprechen oder den Antrag [2]) annehmende Person sich gleichzeitig, mit Zustimmung der andern, zu einer Gegenleistung verpflichtet, so ist der Vertrag ein gegenseitiger (entgeltlicher), sonst aber ein einseitiger (unentgeltlicher). [3])

Ein Vertrag kann auch zwischen mehreren versprechenden und mehreren annehmenden Personen abgeschlossen werden. [4])

[1]) Die Annahme eines Antrages braucht freilich nicht nothwendig ausdrücklich zu erfolgen, sondern kann auch durch konkludente Handlungen (§ 319) geschehen. Wenn z. B. A dem B ein Pferd als Geschenk anbietet und B nimmt sofort das Pferd zu Handen und führt es in seinen Stall, so liegt darin eine stillschweigende Annahme des Antrages. Wenn aber B weder ausdrücklich noch stillschweigend den Antrag annimmt, so bleibt der Antrag des A für diesen unverbindlich.

[2]) Zum Versprechen wird der Antrag im Grunde erst dadurch, daß er von dem andern Kontrahenten angenommen und damit für den Antragstellenden verbindlich wird.

[3]) In dem oben (Note 1) angeführten Beispiele wäre der Vertrag ein einseitiger oder unentgeltlicher, weil B für das Pferd keine Gegenleistung verspricht, vielmehr nur von A (also nur von einer Seite) eine Verpflichtung eingegangen wird. Würde aber B dem A für sein Pferd eine Gegenleistung (z. B. ein anderes Pferd oder eine Summe Geldes) versprechen, so wäre der Vertrag ein zweiseitiger oder entgeltlicher.

[4]) Z. B. A und B verkaufen ihr ihnen gemeinschaftlich gehöriges Pferd an C und D, die dasselbe mit einander kaufen.

Anmerk. Es versteht sich, daß Kontrahenten jedenfalls gültig nur über Das verfügen können, worüber sie ein Verfügungsrecht haben und daß sie nur sich, nicht aber Dritte, deren Vertreter sie nicht sind, gültig verpflichten können.

§ 316.

Annahme des Antrages.

So lange ein Antrag (Versprechen) von demjenigen, welchem er gemacht wurde, nicht angenommen ist, ist der Versprechende nicht gebunden und kann seinen Antrag zurückziehen, es sei denn, daß er sich bei diesem für eine bestimmte Zeit behaftet hätte. [1])

Mit Vorbehalt dieses letzteren Falles wird der Versprechende von selbst von seinem Antrage frei, wenn ihn derjenige, welchem er gemacht wird, nicht unverzüglich [2]) oder innert einer ihm nachweisbar übungsgemäß zustehenden Frist [3]) annimmt.

Die Annahme muß, wenn dadurch der Versprechende gebunden werden soll, unbedingt geschehen.

[1]) So lange also (im Fall von § 315 Note 1) B den Antrag des A, ihm sein Pferd zu geben, nicht (ausdrücklich oder durch ein konkludentes Verhalten) angenommen hat, kann ihn A, weil er für ihn noch nicht verbindlich geworden ist, zurückziehen, es wäre denn, daß er selbst seinen Antrag für eine gewisse Zeit, z. B. für 24 Stunden, als verbindlich erklärt hätte, in welchem Falle er erst mit Ablauf dieser Frist frei würde, wofern B bis dahin den Antrag nicht angenommen hätte.

[2]) A wird also von seinem Antrage, auch wenn er ihn nicht ausdrücklich zurückzieht, von selbst frei, sofern ihn B nicht sogleich annimmt, sondern etwa sich erst entfernt und dann wieder kommt, die Annahme zu melden. Wie bald die Annahme eines Antrages zu erfolgen habe, bleibt, wenn darüber Streit entsteht, dem Richter überlassen. Das österr. Ges. und das preuß. L. R. I. 5. § 95—101 setzen hiefür bestimmte Fristen fest, wonach die Annahme des Antrages unter Anwesenden innert 24 Stunden und unter Abwesenden mit der nächsten oder zweitnächsten Post erfolgen soll.

[3]) „Uebungsgemäße Fristen" mögen namentlich unter den Kaufleuten vorkommen. Das zürch. Ges. § 906 erklärt im kaufmännischen Verkehr den Anerbietenden für verbunden, sobald sein Antrag dem Andern zugekommen ist.

§ 317.

Versteigerung und Konkurrenzeröffnung.

Hinsichtlich der Verbindlichkeit von Anträgen bei Versteigerungen und Konkurrenzeröffnungen [1]) entscheiden zunächst die bekannt gemachten Gant- und Konkurrenzbedingungen. Im Zweifel gelten folgende Grundsätze:

Jedes auf einer Versteigerung gemachte Gebot wird als ein unter der Bedingung, daß kein günstigeres erfolge, verbindliches angesehen. [2]) Die Annahme des Angebotes geschieht durch Zuschlag nach dreimaligem Rufe. Der Versteigerer selbst ist zur Annahme des günstigsten Angebotes nur dann verpflichtet, wenn er einen Anschlagspreis bekannt machte und dieser durch das Gebot mindestens erreicht ist. [3])

Die in Folge einer Konkurrenzeröffnung gemachten Angebote sind, Rechtzeitigkeit der Annahme durch den Konkurrenzeröffnenden vorbehalten, sämmtlich bis zu dem, einem der Konkurrenten gemachten Zuschlag als verbindlich anzusehen. Dem die Konkurrenz Eröffnenden steht frei, ob und welches der konkurrirenden Angebote er annehmen will. [4])

[1]) Die meisten Gesetzbücher behandeln die Steigerung nur als eine Form des Kaufvertrags. Allein dieselbe kann eben so wohl zu Abschließung anderer Verträge (z. B. eines Mieth-, Lohndienst-, namentlich auch Bauvertrages) in Anwendung kommen. (Vgl. Puchta Pand. § 252.) Bei Steigerungen und Konkurrenzeröffnungen geschieht von Seite des Versteigernden oder die Konkurrenz Eröffnenden eine eventuelle Vertragsproposition an eine dermalen noch unbestimmte Person.

[2]) Jeder Bietende wird demnach durch Nichterfüllung dieser Suspensivbedingung d. h. durch ein günstigeres Nachgebot von seinem Antrage befreit. Das günstigere Nachgebot kann, je nach der Natur des Vertrages, in einem Mehrbieten (wie bei einem Verkaufe) oder einem Minderfordern (wie bei einer Arbeitsverdingung) bestehen.

Wurden in den Gantbedingungen Zeitfristen (z. B. 5 Minuten von jedem Angebot bis zum Zuschlag) bestimmt, so muß das Nachgebot, um gültig zu sein, innert der bestimmten Frist erfolgen. War eine Frist nicht bestimmt, so muß es jedenfalls vor dem nach dreimaligem Ruf erfolgenden Zuschlag erfolgen.

[3]) Hat sich der Versteigerer in den Gantbedingungen nicht ohne Weiteres zur Annahme des höchsten Angebotes verpflichtet, so ist eine solche Verbindlichkeit in der Regel nicht zu vermuthen. Vorbehalten ist der Fall, in welchem ein Anschlagspreis bekannt gemacht wurde. Alsdann spricht nämlich die Vermuthung dafür, der Versteigerer verpflichte sich den Vertrag abzuschließen, vorausgesetzt, daß die Angebote den Anschlagspreis erreichen oder übersteigen. Es entspricht dies auch einer hierzuland gangbaren Rechtsansicht. Anders das Zürch Ges. § 1472.

[4]) Die Konkurrenzeröffnung unterscheidet sich von der Steigerung dadurch, daß die Angebote nicht sukzessiv zu erfolgen brauchen, daß dem die Konkurrenz Eröffnenden die Auswahl unter sämmtlichen Angeboten freisteht und bis dahin letztere alle verbindlich sind, es wäre denn, daß die Entscheidung über Gebühr verzögert würde.

§ 318.

Unterhandlungen.

So lange die Unterhandlungen schweben und der Vertrag als

Ganzes nicht zum Abschluß kam, ist keiner von beiden Theilen als gebunden anzusehen, selbst wenn sie über einzelne Punkte desselben sich verständigt haben sollten. [1])

[1]) Wenn z. B. A dem B ein Haus vermiethen will und die beiden Vertragslustigen sind mit einander über den Miethzins und alle sonstigen Bedingungen einig, gehen aber hinsichtlich der Vertragsdauer auseinander, so besteht, so lange sie sich nicht auch über diesen Punkt verständigten, auf keiner Seite eine Vertragsverbindlichkeit.

§ 319.

Form der Verträge.

Die Verträge können sowohl ausdrücklich als stillschweigend, sowohl mündlich als schriftlich eingegangen werden.

Stillschweigend (thatsächlich) können sie nur durch Handlungen oder ein Verhalten eingegangen werden, die über die Zustimmung und Verständigung der Parteien keinen Zweifel lassen. [1])

Besondere Förmlichkeiten, wie namentlich die schriftliche Abfassung, sind nur dann, wenn sie das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, oder wenn sie für den besondern Fall von den Vertragschließenden verabredet werden, [2]) zur Gültigkeit eines Vertrages erforderlich.

[1]) In der Regel werden positive und konkludente Handlungen zu einem stillschweigenden Vertragsabschlusse erfordert. Unter Umständen kann aber auch das blose Stillschweigen, z. B. wenn bei einem Kaufmann oder Handwerker ein in sein Fach einschlagender Artikel bestellt oder einem, der sich zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich anerboten, ein solches Geschäft aufgetragen wird, und derselbe lehnt nicht sofort ab, so muß aus seinem Stillschweigen die Annahme der Bestellung gefolgert werden.

[2]) Das österr. Ges. § 884 und § 885 und ihm nach verschiedene schweizer. Gesetze sagen, daß Verträge, zu deren schriftlicher Abfassung sich die Parteien verständigt, bis zur erfolgten Unterschrift — vorausgegangene Punktationen vorbehalten — nicht als abgeschlossen anzusehen seien. Eben so nach preuß. L. R. (I. 5. §§ 117 ff). Nach röm. R. dagegen (L. 17 C de fide instr. 4. 21) waren, im Fall die schriftliche Abfassung verabredet war, auch vorausgegangene Punktationen unverbindlich. (S. Keller Pand. § 222).

Anmerk. Nach altem, sowohl deutschem als römischem, Rechte pflegte die Schließung der Verträge mit besondern Förmlichkeiten verbunden zu werden, wovon sich auch bei uns in den älteren Urkunden vielfach Spuren finden. (Z. B. in Mohr Cod. dipl. Nr. 148, wo es bei Anlaß eines den 1. März 1312 erfolgten Hausverkaufes an das Kloster St. Luzi von der Verkäuferin heißt: „adhibitis ad hoc verborum et gestuum solemnitatibus debitis et consuetis") Ueber die Förmlichkeiten, die besonders bei Uebertragung von Grundeigenthum geübt waren, s. Note 3 zu § 186 und Anm. zu § 187.

Als die schriftliche Abfassung von Verträgen in Uebung kam, wurde das Anhängen von Siegeln als ein Requisit zu deren Beglaubigung angesehen. Besaßen die Vertragsparteien kein eigenes Siegel, so pflegten sie sich von Andern die Beidrückung eines solchen „zu mehrerer Sicherheit" zu erbitten (s. z. B. Mohr Cod. dipl. III. Nr. 51 u. 105).

Die Bergeller St. schrieben zur Gültigkeit der Verträge jeder Art vor, daß sie entweder notarialisch abgefaßt oder selbst geschrieben und mit Siegel versehen sein mußten oder endlich in das Tagbuch des Notars von den Parteien eingetragen, unterschrieben und von dem Notar beglaubigt sein mußten.

§ 320.

Erfordernisse zur Gültigkeit der Verträge.

Damit ein Vertrag rechtliche Wirkung habe, ist erforderlich:

1. Daß der Vertragswille sowohl auf Seite des Versprechenden als des Annehmenden ein ernstlicher sei;[1])
2. daß keiner der Kontrahenten absolut handlungsunfähig sei (§ 15);[2])
3. daß die versprochene Leistung und bei gegenseitigen Verträgen (mit Vorbehalt des Lohnarbeitsvertrages)[3]) auch die Gegenleistung bestimmt oder die Art ihrer Bestimmung von den Parteien auf genügende Weise vorgesehen sei;[4])
4. daß die versprochene Leistung (oder Gegenleistung) nicht unerlaubt (weder unsittlich noch strafbar)[5]) oder unbedingt unmöglich sei.[6])

Verabredungen, welche obigen Erfordernissen nicht entsprechen, haben für alle Betheiligten keinerlei rechtliche Wirkung.

Versprechungen zur Eingehung eines Vertrages sind unverbindlich,[7]) ausgenommen mit Bezug auf einseitige, mit der Hingabe einer Sache verbundene Verträge (Schenkung, Hinterlegungs- und Leihvertrag), unter der Voraussetzung jedoch, daß die Zeit der Vollziehung des versprochenen Vertrages, ausdrücklich oder stillschweigend, bestimmt sei.[8])

[1]) Durch ein erwiesenermaßen nur scherzweise geleistetes Versprechen oder eine nur scherzweise erfolgte Annahme kommt somit kein Vertrag zu Stande.

[2]) Gesetzt also, der handlungsfähige A schließe mit dem völlig irrsinnigen B einen, gleichviel ob einseitigen oder zweiseitigen Vertrag ab, so bleibt solcher für beide ohne alle rechtliche Wirkung, und zwar derart, daß daraus weder B ein Recht erwerben noch für A eine Verpflichtung erwachsen kann (vgl. Note 2 zu § 15). Sollte dagegen B zwar geistig gesund, aber minderjährigen (obwohl nicht kindlichen) Alters, somit nur relativ handlungsunfähig sein, so ist der Vertrag nicht absolut ungültig, sondern nur fehlerhaft oder relativ ungültig, derart, daß dadurch wohl A gegenüber dem B, nicht aber B gegenüber dem A verpflichtet werden kann (s. § 321 Ziff 1 und § 15).

[3]) Bei dem Lohnarbeitsvertrag ist die Vorausbestimmung des Lohnes nicht wesentlich, da solcher auch nachträglich bestimmt werden kann (s. § 425).

[4]) Wenn z. B. A und B zwar den Kaufpreis für das von A dem B verkaufte Haus nicht festsetzen, wohl aber dessen Bestimmung dem C überlassen, so ist der Kaufvertrag gültig.

[5]) Ein Lohndienstvertrag, womit A die B als Maitresse anstellte, wäre somit, weil den guten Sitten zuwiderlaufend, ungültig.

[6]) Nach dem röm. Spruch impossibilium nulla obligatio. Wenn aber z. B. A dem B eine Summe Geldes verspricht, welche dessen ökonomische Kräfte übersteigt, so ist der Vertrag um dessetwillen nicht ungültig, indem die fragliche Leistung nicht unbedingt, sondern nur mit Rücksicht auf die besonderen finanziellen Verhältnisse des A unmöglich ist — es wäre denn, daß die versprochene Summe ins Abentheuerliche ginge, in welchem Falle ein ernstlicher Vertragswille überhaupt nicht angenommen werden könnte. Vgl. Savigny Obligat. R. § 37.

[7]) Das Versprechen, einen Vertrag einzugehen, kann im Allgemeinen deß-

halb nicht verbindlich sein, weil der ernstliche Wille, eine Verpflichtung definitiv zu übernehmen, und meist wohl auch die genaue Bestimmung der Leistung (und Gegenleistung) fehlen. Sollte aber diesen Erfordernissen entsprochen und nur etwa die Vollziehung des Vertrages — immerhin innert begrenzter Zeit — hinausgeschoben sein, so läge nicht mehr ein bloses Versprechen zur Eingehung eines Vertrages oder die Inaussichtstellung eines solchen, sondern ein wirklicher Vertrag vor.

[8]) Wenn z. B. A dem B ein Pferd, und zwar innert begrenzter Zeit, zu schenken oder zu leihen verspricht, so erscheint dieses Versprechen nicht als blose vage Inaussichtstellung eines Vertrages, sondern als eigentlicher Vertrag und ist alsdann die wirkliche Hingabe des Pferdes an B als die dem A obliegende Erfüllung jenes Vertrages zu betrachten. Vgl. österr. Ges. § 936.

§ 321.

Fehlerhafte Verträge.

Verträge sind fehlerhaft,[1]) d. h. für den zur Leistung (oder Gegenleistung) sich Verpflichtenden unverbindlich:

1. wenn derselbe relativ handlungsunfähig war[2]) (§ 15);
2. wenn er von dem Mitkontrahenten durch betrügerische Vorgabe (wozu übliche Anpreisungen jedoch nicht zu rechnen sind) zu Eingehung des Vertrages veranlaßt wurde;[3])
3. wenn er durch Zwang oder demselben gleichkommende unberechtigte Drohung dazu bestimmt wurde;[4]) oder
4. den Vertrag in einem (durch Affekt oder Trunkenheit) so getrübten Geisteszustand einging, daß er dessen Tragweite nicht zu ermessen vermochte;[5]) oder
5. bei dessen Eingehung im Irrthum sich befand, sei es über das Wesen des Rechtsgeschäftes oder der in demselben bedungenen Leistungen, sei es über die Person des andern Kontrahenten, insofern die Persönlichkeit des letzteren nach der Sachlage für Eingehung des Vertrages maßgebend war.

Doch ist der Vertrag auch für einen in einem solchen Irrthum Befindlichen alsdann verbindlich, wenn dieser durch eigene grobe Fahrlässigkeit in denselben verfiel, es wäre denn, daß er beweisen könnte, daß der Mitkontrahent seinen Irrthum kannte oder nach der Sachlage kennen mußte. Als ein durch grobe Fahrlässigkeit verschuldeter Irrthum ist namentlich ein solcher anzusehen, der auf Eigenschaften einer, der Wahrnehmung des Irrenden unterstellten Sache oder Person sich bezieht, die ihm nothwendig in die Augen fallen mußten.[6])

[1]) Man unterscheidet zwischen absolut und relativ ungültigen Verträgen. Erstere (von denen in § 320 die Rede ist) entbehren überhaupt des Charakters von Verträgen und bleiben für beide Theile ohne alle Rechtswirkung. Letztere, die hier als fehlerhaft bezeichnet sind und die man wohl auch „hinkende" nennt, bleiben blos für den sich Verpflichtenden unverbindlich und können durch dessen nachträgliche gültige Gutheißung volle Rechtsbeständigkeit erlangen (§ 322).

²) S. Note 2 zu § 320.

³) Ist eigentliche Arglist (dolus) des den Vertrag Veranlassenden erwiesen, so kann somit der Vertrag von dem Irregeführten angefochten werden ohne Unterschied, ob der Irrthum ein wesentlicher sei oder nicht (vgl. Zif. 5).

⁴) Ob in einem gegebenen Falle ein solcher Zwang oder eine solche Drohung anzunehmen sei oder nicht, bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen. Was die Drohung anbetrifft, so muß diese, wenn sie den Bedrohten von seinen Verpflichtungen entbinden soll, für ihn einem Zwange gleichkommen. Es ist aber bei dem Zwang, damit dessen Wirkung rechtlich aufgehoben werde, nicht erforderlich, daß durch denselben die Willensfreiheit des Gezwungenenen geradezu aufgehoben wurde, sondern genügt es, daß sie durch ihn thatsächlich beschränkt wurde, wobei immerhin vorauszusetzen ist, daß er „von einer gewissen Bedeutung gewesen sei und seine Wirksamkeit nicht allein der Feigheit, Thorheit oder einer sonstigen Fehlerhaftigkeit des Gezwungenen zu danken habe" (Keller Pand. § 54).

Mit Unrecht setzen das österr. Ges. und verschiedene Schweizergesetze voraus, daß der Zwang oder die Drohung von dem Mitkontrahenten ausgegangen sein müsse. Denn die Einwilligung ist immerhin eine fehlerhafte, wenn auch der Zwang rc. von einem Dritten ausging.

⁵) Auch hier muß Vieles dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Was den „Affekt" betrifft, so hat man sich darunter nicht nothwendig blos den Zustand der Leidenschaft, sondern überhaupt jede die Ueberlegung und das Bewußtsein erheblich trübende Gemüthsbewegung zu denken. Der Zustand der Verzweiflung z. B. ist kein leidenschaftlicher im eigentlichen Sinn, dennoch aber der Art, daß die Fähigkeit, die Tragweite eines Vertrages zu ermessen, mindestens eben so gering als im höchsten Grade der Leidenschaft sein kann.

⁶) Die Lehre des Irrthums ist eine sehr schwierige und von den Gesetzen auch verschieden behandelte. Das röm. Recht behandelt den Irrthum richtig als eine mangelhafte Einwilligung (non videntur qui errant consentire), gestattet aber demselben zu viel Einfluß auf die Frage der Gültigkeit der Verträge, indem es einestheils (trotz der Rechtsregel „iuris ignorantia nocet") unter Umständen auch den Rechtsirrthum und anderntheils selbst den Irrthum in den Beweggründen (z. B. wenn Einer als Erbe, in der irrigen Meinung, durch Testament zum Verkauf eines Hauses verpflichtet zu sein, dasselbe wirklich verkauft) als Grund zur Auflösung des Vertrages gelten läßt. (Savigny Syst. des röm R. III. pag. 361.) Ferner ist es nach röm. R. gleichgültig, wie der Irrthum entstanden sei, nur darf er nicht durch grobe Fahrläßigkeit des Irrenden verschuldet sein. Ueberdieß muß der Irrthum ein wesentlicher (essentialis) sein. — Der *Code Nap.* § 1109 erklärt unbedingt und ohne nähere Beschränkung die „aus Irrthum gegebene Einwilligung" für ungültig. Das österr. Ges. verlangt (§ 871, 875 und 876) nicht nur einen wesentlichen Irrthum, sondern auch daß derselbe von dem Mitkontrahenten veranlaßt worden sei, widrigenfalls der Vertrag nur dann ungültig sein soll, wenn der Mitkontrahent von dem Irrthum wußte oder wissen mußte. Ob grobe Fahrläßigkeit im Spiele war, kommt somit hier nicht in Frage. — Nach dem preuß. L. R. (I. 4. § 75—83) macht jeder wesentliche Irrthum die Willenserklärung ungültig; wenn jedoch der Irrende durch eigenes (grobes oder mäßiges) Versehen in den Irrthum gerathen ist, ohne daß der Andere davon wußte, so ist Jener diesem zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet. — Das zürcher Ges. (§ 926—930) nimmt den wesentlichen Irrthum, ohne Unterschied, durch Wen er veranlaßt worden, als vertraghindernd an, spricht sich aber über die Frage der Fahrläßigkeit nicht aus. Eben so abweichend lauten die übrigen Schweizer Gesetze.

Die richtigen Grundsätze, die auch obiger Fassung des Textes zu Grunde liegen, sind aber wohl folgende:

1. Nur der wesentliche Irrthum kann als vertraghindernd angesehen werden, weil nur bei diesem der Wille der Kontrahenten so weit auseinander

geht, daß das, behufs Zustandekommens eines Vertrages unerläßliche Zusammentreffen in demselben Objekte nicht mehr angenommen werden kann; und zwar ist unter wesentlichem Irrthum zunächst derjenige zu verstehen, der sich entweder auf das Wesen des Vertrages selbst bezieht (z. B. wenn Einer in der Meinung steht, ein Darlehen zu machen, während der von ihm unterschriebene Vertrag auf eine Schenkung lautet) oder das Wesen der bedungenen Leistung oder Gegenleistung beschlägt (z. B. wenn Einer einen Diamanten zu kaufen meint, während er blos geschliffenes Glas erhält) Ferner ist als vertraglösend der Irrthum in der Person des Mitkontrahenten alsdann anzusehen, wenn die Persönlichkeit desselben wirklich entscheidend für das Zustandekommen des Vertrages sein konnte; z. B. wenn A irrthümlich dem ihm fremden B statt dem Freunde C eine Schenkung macht oder irrthümlich bei dem Flachmaler D ein Gemälde bestellt, das er bei dem Kunstmaler E bestellen wollte. In beiden Fällen bildet der einer bestimmten Persönlichkeit inwohnende Komplex von Eigenschaften gleichsam einen Bestandtheil des Vertrages.

2. Wie und durch Wen der Irrthum erzeugt wurde, ist hiebei insofern gleichgültig, als die Zusammenstimmung des Vertragswillens dadurch nicht minder mangelhaft wird, daß der Irrthum durch Dritte veranlaßt wurde oder in dem Irrenden selbst seine einzige Quelle hat.
3. Wenn dagegen der Irrende durch grobe Fahrläßigkeit in den Irrthum verfallen ist (z. B. ein hinkendes Pferd für fehlerlos kaufte) so erheischen es die allgemeinen Rechtsgrundsätze, daß er die Folgen derselben trage; dieß aber auch nur dann, wenn nicht erwiesenermaßen der Mitkontrahent den Irrthum kannte oder (wenn er nicht so zu sagen absichtlich die Augen davor verschloß) nach der Sachlage kennen mußte, weil in solchem Falle der Mitkontrahent nicht in vollkommen guten Treuen handelte und daher selbst aus der groben Fahrläßigkeit des andern keinen Nutzen ziehen darf. Im Zweifel wird übrigens wohl für Aufrechthaltung des Rechtsgeschäftes zu entscheiden sein.

Anmerk. Sowohl in den Kommissionen als im Gr. Rathe wurden Anzüge auf Aufnahme der Verletzung über die Hälfte (laesio enormis, laesio ultra dimidium) als Nichtigkeitsgrundes gemacht, allein mit Recht abgewiesen; denn wo die angebliche Verletzung über die Hälfte nicht auf einem wesentlichen und entschuldbaren Irrthum beruht oder durch betrügerische Vorgabe des Mitkontrahenten bewirkt wurde, da fehlt jeder eigentliche Rechtsgrund zur Anfechtung eines Vertrages (volenti non fit iniuria). Hiezu kommt, daß eine solche Bestimmung dem Charakter unseres jetzigen Verkehrslebens, in welchem die Spekulation eine so große Rolle spielt, durchaus entgegen wäre.

§ 322.

Folgen des fehlerhaften Vertrages.

Ein fehlerhafter Vertrag kann nur von demjenigen Kontrahenten, für welchen er unverbindlich ist, angefochten werden [1]) und zwar in der Art, daß er auch das darauf hin etwa Geleistete, beziehungsweise dessen Werth, zurückfordern kann [2]) und im Falle des Betruges überdies auf vollen Schadensersatz Anspruch hat.

Der fehlerhafte Vertrag ist aber als von Anfang angültig abgeschlossen anzusehen: [3])

a. hinsichtlich der unter Vormundschaft (auch elterlicher und ehelicher) stehenden Handlungsunfähigen, sobald er die gesetzlich vorgeschriebene Genehmigung des Vormundes, beziehungsweise der Vormundschaftsbehörde, erhielt; [4])

b. in den übrigen Fällen des § 321, sobald derjenige, der den Vertrag hätte anfechten können, nachdem die Umstände, welche ihn hiezu berechtigten, aufgehört haben oder, im Falle des Betrugs oder Irrthums, nach dessen Entdeckung, den Vertrag ausdrücklich oder thatsächlich genehmigte.[5])

Die Nichtigkeitsklage (nicht aber die Nichtigkeitseinrede) verjährt mit dem Ablauf von einem Jahre.[6]) Diese Verjährungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der zur Nichtigkeitsklage Berechtigte den Betrug oder Irrthum entdeckte oder für ihn der Zwang oder der getrübte Geisteszustand aufhörte oder endlich, wenn er bevormundet war, sein gesetzlicher Vertreter nachweisbar von dem Vertragsabschluß Kenntniß erhielt.

[1]) Der fehlerhafte Vertrag ist nicht an und für sich sondern nur unter der Voraussetzung nichtig, daß er von dem dazu Berechtigten (somit von dem relativ Handlungsfähigen bez. von seinem Vormund, dem Betrogenen, Gezwungenen u. s. w.) angefochten werde. Für den andern Kontrahenten bleibt der Vertrag jedenfalls verbindlich.

[2]) Wenn der Vertrag von dem zu dessen Anfechtung Berechtigten gestürzt wird, so wird er selbstverständlich für beide Theile wirkungslos. Wenn also z. B. A einen von ihm mit B abgeschlossenen Kaufvertrag wegen wesentlichen Irrthums rückgängig macht, so kann er den Kaufgegenstand zwar von B zurückfordern, hat demselben aber auch den allfällig erhaltenen Kaufpreis zu erstatten. Würde aber der Kaufvertrag wegen Handlungsunfähigkeit des A aufgelöst, so wäre dessen (elterlicher oder obrigkeitlicher) Vormund zur Erstattung des Kaufschillings nur so weit verpflichtet, als derselbe entweder in natura noch vorhanden ist oder A dadurch bereichert wurde (s. §§ 44, 66, 104 und besonders Note 4 zu § 44).

[3]) Daß der Vertrag, unter der Voraussetzung seiner nachträglichen Genehmigung, als von seinem Abschluß an gültig betrachtet wird, kann in mehrfacher Beziehung bedeutungsvoll werden. Z. B. es habe B das von dem minderjährigen A am 1. Mai gekaufte Haus am 15. desselben Monats an C verpfändet. B falle am 1. Juli in Konkurs und am 13. Juli erfolge für A die nachträgliche vormundschaftliche Genehmigung des Kaufvertrags. Wird nun dieser als vom 1. Mai gültig angesehen, so kann C in der Konkursmasse des B ein Pfandrecht geltend machen; wogegen er, wenn die Gültigkeit des Vertrages erst vom 13. Juli (dem Zeitpunkt der erfolgten Genehmigung an) datirt würde, als unversicherter Gläubiger in die Masse eintreten müßte.

[4]) Diese Genehmigung kann unter Umständen auch thatsächlich (stillschweigend) erfolgen, z. B. wenn der Vater des minderjährigen A über das von diesem dem B ohne seine Zustimmung abgekaufte Pferd verfügte (vgl. Note 4 zu § 44).

[5]) Gesetzt, A, der von B unter Bedrohung seines Lebens zum Verkauf seines Landgutes an B genöthigt wurde, genehmige den Vertrag, nachdem B verreist oder gestorben und somit nicht zu fürchten ist, so wird der Vertrag dadurch, und zwar von dem Abschluß an gerechnet, gültig. Ueber die thatsächliche Genehmigung s. Note 4.

[6]) Es ist billig, daß dieses außerordentliche Klagrecht auf eine kürzere Frist, als diejenige der ordentlichen Verjährung, eingeschränkt werde.

Es gilt diese außerordentliche Verjährung nur für die eigentliche Nichtigkeitsklage, d. h. für die positive Anfechtung des Rechtsgeschäftes durch den hiezu Berechtigten; findet aber keine Anwendung auf die Einreden, womit sich derselbe gegen die Erfüllungsklage des Mitkontrahenten schützen kann Es habe z. B. A in Folge einer Drohung oder in einem wesentlichen Irrthum befangen

dem B eine Schenkung versprochen, so kann A nach Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist von sich aus nicht mehr auf Richtigkeit seines Versprechens klagen, wohl aber steht ihm noch immer zu, wenn B ihn auf Erfüllung seines Versprechens belangen sollte, ihm die Einrede, daß sein Versprechen für ihn (den A) unverbindlich war, entgegenzustellen.

Anmerk. Die Münsterthaler St (c 44) enthalten die Bestimmung, daß Irrungen innert 1 Jahre redressirt werden können (dessi in termine d'ün An gnir tutt our et rechavà, non brich dessi restar pro quai chi ais fat).

§ 323.

Auslegung der Verträge.

Bei Auslegung von Verträgen ist die aus ihrem Wortlaut und den Umständen ersichtliche Meinung der Kontrahenten maßgebend.[1]) Von unzweideutigen in einem Vertrage gebrauchten Ausdrücken wird vermuthet, daß sie der gemeinschaftlichen Absicht der Kontrahenten entsprechen,[2]) mit Vorbehalt jedoch erwiesener Simulation, d. h. wenn aus den Umständen hervorginge, daß ein Ausdruck oder eine Vertragsart nur zu Verhüllung des richtigen Begriffes oder des wirklich beabsichtigten Vertrages gebraucht worden, in welchem Falle der Vertrag nach der wirklichen und nicht nach der simulirten Absicht der Kontrahenten zu beurtheilen ist.[3])

Bei einseitigen (unentgeltlichen) Verträgen findet im Zweifel die dem Verpflichteten, beziehungsweise Belästigten, günstigere Auslegung Statt.[4])

[1]) Bei der Auslegung eines jeden Vertrages ist es das Wesentliche, den gemeinschaftlichen Willen der Kontrahenten zu ermitteln, wozu theils und zunächst der Wortlaut selbst und der innere Zusammenhang des ganzen Rechtsgeschäftes theils auch die dasselbe begleitenden Umstände behülflich sein können (Vgl. *Code Nap.* § 1156: „On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plustôt que de s'arrêter au sens littéral des termes").

[2]) Der Gegenbeweis muß auch hier vorbehalten bleiben.

[3]) Gesetzt, A verkaufe seinem Sohn B sein Haus angeblich um Fr. 5000 und erkläre sich gleichzeitig für diesen Betrag ausgerichtet, ohne jedoch die Zahlung erhalten zu haben, so würde dieser Vertrag, wenn solches erwiesen werden könnte, nicht als Kaufvertrag (indem dieser blos simulirt wäre), sondern als Schenkung zu beurtheilen sein, in welchem Falle die Bestimmungen über Schädigung der Notherben (§ 374) in Anwendung kommen könnten.

Sollte ein Vertrag erwiesener Maßen nur zum Schein abgeschlossen und ernstlich keinerlei Vertrag beabsichtigt gewesen sein, so wäre folgerichtig dem Vertrag überhaupt keine Wirkung beizulegen.

[4]) Diese Auslegungsregel beruht auf der natürlichen Voraussetzung, daß derjenige, der sich ohne Entgelt verpflichtete (wie der Schenker, Bürge, Leiher) sich eher weniger als mehr belasten wollte. Auch spricht die Billigkeit dafür, daß derjenige, der allein den Vortheil aus einem Vertrage hat, bei zweifelhafter Auslegung gegenüber dem Belästigten zurückstehe.

II. Nebenbestimmungen.

§ 324.

Bedingungen.

Sowohl das Inkrafttreten als das Erlöschen eines Vertragsverhältnisses kann von einer **Bedingung**, d. h. von dem Eintreffen oder Nichteintreffen einer zur Stunde [1]) ungewissen [2]) Thatsache [3]) abhängig gemacht werden. In jenem Falle ist die Bedingung eine **aufschiebende**, in diesem eine **auflösende**. [4])

Wenn die **aufschiebende** Bedingung eine **unmögliche** oder **unerlaubte** ist, so ist der Vertrag nichtig; [5]) ist die **auflösende** Bedingung unmöglich oder unerlaubt, so ist sie als nicht beigefügt anzusehen. [6])

Ein an eine **aufschiebende** Bedingung geknüpfter Vertrag ist mit Rücksicht auf seine rechtliche Wirkung, wenn dieselbe in Erfüllung geht, als zur Zeit ihrer Erfüllung geschlossen, wenn sie aber nicht in Erfüllung geht, als nichtig anzusehen; [7]) ein an eine **auflösende** Bedingung geknüpfter Vertrag verliert mit dem Zeitpunkt ihres Eintreffens seine rechtliche Wirkung, gilt dagegen, wenn sie nicht eintrifft, als ein s. Z. unbedingt abgeschlossener. [8])

[1]) Ist die Thatsache zur Zeit des Vertragsabschlusses schon eingetroffen, nur aber den Kontrahenten nicht bekannt gewesen, so ist das Geschäft zwar auch als ein **bedingtes**, dessen Bedingung aber bereits erfüllt ist, anzusehen, daher es, wenn diese Bedingung suspensiv war, als von Anfang an rechtskräftig, wenn sie dagegen resolutiv war, als von Anfang an nichtig anzusehen ist. (S. L. 10, § 1 und L. 11. D. de cond. 35. 1, Savigny Syst. § 121, *Code Nap.* § 1181.)

[2]) Ist das Eintreffen oder Nichteintreffen der Thatsache **gewiß**, weil sie nach den Naturgesetzen nothwendig eintreffen muß (z B. der einstige Tod eines Menschen), so ist das daraufhin abgeschlossene Geschäft nicht als bedingt, sondern als **unbedingt** beziehungsweise die Bedingung als nicht beigefügt anzusehen; es sei denn, daß sie nach der Sachlage als blose **Zeitbestimmung** (s. § 325) für das Beginnen oder Erlöschen des Rechtsverhältnisses erscheinen sollte. (Ersteres ist auch in L. 9. § 1 D. de nov. 46. 2 bestimmt ausgedrückt: „Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari.")

[3]) Die **blose** Willkür des einen oder andern Kontrahenten kann nicht als eine solche Thatsache gelten. Ist daher die Erfüllung einer Bedingung in das blose unbeschränkte **Wollen** des Verpflichteten gesetzt, so ist ein bindendes Vertragsverhältniß überhaupt nicht vorhanden; ist sie aber in das unbeschränkte Belieben des **Berechtigten** gesetzt, so ist das Geschäft unbedingt. Auch in letzterem Falle das Dasein eines Vertragsverhältnisses zu leugnen (wie Savigny Syst. § 117 und preuß. L. R. I. 4 § 103) läßt sich nicht rechtfertigen.

[4]) Wenn z B. A dem B für den Fall, daß dieser Theologie studiren oder daß er sich zwei Jahre lang nicht betrinken sollte, Fr. 2000 verspricht, so ist in beiden Fällen das Schenkungsversprechen an eine **aufschiebende** Bedingung geknüpft, d. h. es wird für B erst klagbar, nachdem er das Studium der Theologie ergriffen

oder nachdem er sich zwei Jahre lang nicht betrunken haben wird. In beiden Fällen wird die Pflicht zur Erfüllung des Versprechens bis zum Eintritt der gedachten Bedingungen hinausgeschoben (Suspensivbedingung).

Wenn aber A dem B sofort Fr. 2000 gibt unter der Bedingung, daß dieser bei dem Studium der Theologie verbleibe oder unter der Bedingung, daß er sich niemals betrinke, so ist in beiden Fällen die Schenkung an eine auflösende Bedingung geknüpft, d. h. die Schenkung wird wieder rückgängig und B muß folgerichtig die erhaltenen Fr. 2000 dem A erstatten sobald er das Studium der Theologie verläßt oder sich betrinkt (Resolutivbedingung).

5) Wenn A dem B Fr. 1000 zu schenken verspricht, sofern dieser das atlantische Meer durchschwimmen oder sofern er (B) den C blutig prügle, so wird in beiden Fällen das Schenkungsversprechen als unverbindlich und somit als nichtig angesehen, und zwar im ersteren deßhalb, weil die Erfüllung der Bedingung physisch unmöglich ist, daher der Vertrag niemals in Kraft treten und in letzterem Falle deßhalb, weil aus einem unsittlichen Vertrage niemals geklagt werden kann (vgl. § 320 Zif. 4).

6) Wenn dagegen A dem B sofort Fr. 1000 schenkt unter der Bedingung, daß B sie ihm erstatte, sobald die Menschen vollkommen sein werden oder sobald er (B) seiner armen Mutter eine Unterstützung zukommen lassen sollte, so wird in beiden Fällen diese (auflösende) Bedingung als nichtig angesehen, und zwar in ersterem deßhalb, weil die Menschen niemals vollkommen sein werden, somit die Pflicht zur Erfüllung des Geschenkes unmöglich jemals eintreten kann, in letzterem deßhalb, weil dem A aus einer unsittlichen Bedingung kein Klagrecht auf Rückgabe der Schenkung zustehen kann.

7) Wenn also A am 30. Juni 1862 dem B für den Fall, daß dieser heirathen sollte, Fr. 1000 zu schenken verspricht und B am 20. Mai 1864 wirklich heirathet, so kann B an seinem Heirathstage von A die Fr 1000 zwar verlangen, aber nicht etwa mit Zuschlag von Zinsen seit 30. Juni 1862, indem der Schenkungsvertrag erst mit dem 20. Mai 1864 wirksam geworden und somit hinsichtlich seiner rechtlichen Folgen ganz so zu beurtheilen ist, als ob er erst am Heirathstag selbst abgeschlossen worden wäre. (Als eine Singularität des röm. R ist es anzusehen, daß nach demselben im Fall die Suspensivbedingung in Erfüllung geht, die rechtliche Wirksamkeit des Vertrages auf den Tag seines eventuellen Abschlusses zurückbezogen wird. Vgl. Savigny Syst. § 120 und Thibaut § 92).

Wenn dagegen B gar nicht heirathet, somit die Suspensivbedingung nicht in Erfüllung gehen sollte, so würde der am 30. Juni 1862 abgeschlossene bedingte Schenkungsvertrag wirkungslos bleiben und daher sobald B stürbe als nichtig angesehen werden.

8) Wenn A dem B am 30. Juni 1862 unter der Bedingung, daß dieser ledig bleibe, Fr. 1000 schenkte, B heirathet aber am 20. Mai 1864, so wird B an diesem Tage pflichtig, dem A die Fr. 1000, nicht aber auch die seit 30. Juni 1862 genossenen Zinsen zu erstatten, was geschehen müßte, wenn die Wirkung des Eintritts der auflösenden Bedingung (also der Heirath des B) auf den Zeitpunkt als der bedingte Vertrag geschlossen wurde, somit auf den 30. Juni 1862, zurückbezogen würde, wie dies auch hier nach römischem Rechte zu geschehen hätte. Die auflösende Bedingung bringt nämlich blos mit sich, daß das Vertragsverhältniß bei ihrem Eintritt erlösche, nicht aber daß es in Folge ihres Eintrittes überhaupt als nicht bestanden erscheine.

Wenn dagegen B wirklich ledig bleiben sollte, so würde an seinem Todestag der Eintritt der auflösenden Bedingung (d. h. seine Heirath) fortan unmöglich werden und würden daher dessen Erben die ihm von A bedingt geschenkten Fr. 1000 als ihr unbedingtes Eigenthum d. h. so betrachten dürfen, als ob A sie dem B am 30. Juni 1862 unbedingt geschenkt hätte.

§ 325.

Zeitbestimmung.

Wenn der Beginn eines Vertragsverhältnisses an eine Zeitbestimmung, d. h. an einen bestimmten Zeitpunkt oder ein sicher eintretendes Ereigniß geknüpft wird, so wird das entsprechende Recht zwar sofort unbedingt erworben, allein die Erfüllung des Vertrages auf den bestimmten Zeitpunkt oder das eintretende Ereigniß hinausgeschoben. [1])

[1]) Wenn ein Vertragsverhältniß an eine Zeitbestimmung, d. h. an einen bestimmten Zeitpunkt oder an ein sicher eintretendes Ereigniß (z B. den Tod eines Menschen) in der Art geknüpft wird, daß der Anfang oder das Ende des Rechtsverhältnisses dadurch begrenzt wird, so ist der Vertrag kein bedingter, sondern ein unbedingter, aber hinsichtlich seiner Wirksamkeit zeitlich beschränkter, und zwar ist er, wenn der Beginn seiner Wirksamkeit an einen künftigen Zeitpunkt geknüpt wird, gleich einem Vertrage zu beurtheilen, dessen Erfüllung hinausgeschoben wird (vgl. *Code Nap.* § 1185). Das Recht wird also sofort und unbedingt erworben(dies cedit), aber dessen Realisirung auf einen spätern Zeitpunkt verschoben (dies venit). Dieser Fall kommt namentlich bei sog. Todesversicherungen vor. Wenn die Versicherungsanstalt dem A gegen eine von diesem jährlich zu entrichtende Prämie verspricht, auf seinen Todesfall seinen Erben Fr. 10,000 auszubezahlen, so erwirbt A durch diesen Vertrag sofort einen gültigen Rechtsanspruch gegenüber der Versicherungsanstalt, so jedoch, daß die von letzterer übernommene Gegenleistung auf den Todestag des A hinausgeschoben wird. Der Vertrag ist kein bedingter (weil der Tod des A gewiß und nur dessen Zeitpunkt ungewiß ist) wohl aber ein zeitlich beschränter.

§ 326.

Zweckbestimmung.

Wenn an eine Leistung eine Zweckbestimmung in der Weise geknüpft wird, daß dem Empfangenden die Anwendung oder Nichtanwendung des Empfangenen zu einem bestimmten Zwecke aufgegeben wird, so wird im Zweifel die Nichterfüllung des Zweckes nicht als auflösende Bedingung behandelt, sondern kann nur auf Erfüllung des Zweckes geklagt werden. [1])

[1]) Wird an eine Leistung eine Zweckbestimmung in der Weise geknüpft, daß dem Empfangenden etwas zu thun oder zu unterlassen aufgegeben wird, so ist in jedem gegebenen Falle zu prüfen: ob damit nur ein Rath oder Wunsch oder eine Bedingung oder eine Art von Gegenleistung gemeint ist Im ersteren Fall ist die Zweckbestimmung unverbindlich, im zweiten wirkt die Nichterfüllung des Zweckes als Resolutiv-Bedingung, im dritten ist der Vertrag unbedingt, aber es kann auf die Zweckerfüllung geklagt werden. Das röm. Recht (Thibaut § 102) präsumirt letzteres, das preuß. L. R. I. 4 § 152—154 aber die Resolutiv-Bedingung. Obige Bestimmung schließt sich der Rechtsvermuthung des röm. R. an. Wenn also A dem B Fr. 1000 zu dem Zwecke vermachte, daß B seine Mutter unterstütze, so würden, wenn diese Unterstützung nicht erfolgte, die Erben des A die von ihm dem B vermachten Fr. 1000 um dessetwillen nicht zurückfordern, sondern blos den B anhalten können, daß er dem Zwecke des Legates nachkomme; es wäre denn, daß aus dem Wortlaut des Testamentes klar hervorginge, daß der Testator fragliche Unterstützung als eine Resolutivbedingung angesehen wissen wollte, in welchem Falle allerdings die Erben sobald jene Bedingung nicht erfüllt würde, das Legat zurückfordern könnten.

III. Nebenverträge.

§ 327.

Daraufgeld.

Was bei einem Vertragsabschlusse von dem einen Theile dem andern als Daraufgeld (Caparra) gegeben wird, gilt, sofern nicht eine andere Absicht der Kontrahenten ersichtlich ist, [1]) theils zur Bestätigung des abgeschlossenen Vertrages, theils als Pfand für dessen Vollziehung.

Wird der Vertrag vollzogen, so muß das Daraufgeld abgerechnet oder erstattet werden. Wird er aber von Seite dessen, der das Daraufgeld bezahlte, nicht vollzogen, so kann der andere Kontrahent, wenn er nicht auf Erfüllung oder Schadensersatz klagen will, es zu seiner Schadloshaltung behalten. [2]) Erfüllt dagegen der Empfänger des Daraufgeldes den Vertrag nicht, so kann der andere Kontrahent dieses zurückfordern. [3]) Vorbehalten bleibt auch ihm die Klage auf Erfüllung oder Schadensersatz.

[1]) Es kann namentlich die Caparra auch den Charakter eines Reugeldes (§ 328) haben, wofür aber die Vermuthung nicht spricht. — Das Daraufgeld ist bei uns namentlich im Viehhandel gebräuchlich.

[2]) Wenn A dem B sein Pferd für Fr. 600 abkauft und ihm daraufhin als Caparra Fr. 20 bezahlt, so bleiben ihm bei der Abtragung des Kaufpreises nur noch Fr. 580 zu bezahlen. Wenn dagegen A sich später weigern sollte, dem Kaufvertrag Folge zu geben, d. h. das Pferd um Fr. 600 anzunehmen, so hat B die Wahl: gegen B entweder auf Erfüllung bez. Schadensersatz zu klagen oder hierauf zu verzichten und die Caparra zu behalten. In letzterem Falle nimmt die Caparra gleichsam die Stelle eines Schadensersatzes für die Nichterfüllung des Vertrages ein. Dagegen muß B, wenn er jene Klage anstellt, auf die Caparra verzichten.

[3]) Wenn demnach B das dem A verkaufte Pferd nachträglich für den bedungenen Preis nicht hergeben will, so kann A (wenn er nicht vorzieht, auf Erfüllung zu klagen) die ihm als Caparra bezahlten Fr. 20 zurückfordern. Das röm. Recht und ihm nach auch neuere Gesetze (z. B. österr. Ges. § 908 und zürch. Ges. § 967) lassen die Zurückforderung des Doppelten zu. Es beruht dies aber auf einer Verwechslung mit dem Reugeld.

§ 328.

Reugeld.

Ist mit Bezug auf einen abgeschlossenen Vertrag ein Reugeld verabredet worden, so hat derjenige Kontrahent, welcher sich zu dessen Entrichtung verpflichtete, das Recht, von dem Vertrage, so lange er dessen Vollziehung nicht begonnen, gegen Bezahlung des bedungenen Reugeldes zurückzutreten. [1])

[1]) Wenn A dem B sein Haus verkauft, sich aber das Recht vorbehält, gegen Bezahlung von Fr. 100 innert ½ Jahre von dem Vertrage zurückzutreten, so sind jene Fr. 100 das Reugeld, gegen dessen Entrichtung A zurücktreten darf, voraus-

gesetzt, daß er nicht etwa mittlerweile von B Abschlagszahlungen angenommen und damit stillschweigend auf den Rücktritt verzichtet habe. — Die Vorausbezahlung des Reugeldes ist nicht (wie bei der Caparra) erforderlich.

§ 329.

Konventionalstrafe.

Wenn bei einem Vertragsabschlusse der eine Theil dem andern für den Fall des gar nicht erfüllten Versprechens zu Leistung einer Buße (Konventionalstrafe) sich verpflichtet, so hat diese als Ersatz des dem andern Theile durch Nichterfüllung des Vertrages erwachsenden Schadens zu gelten. [1])

Wurde die Konventionalstrafe ausdrücklich nur mit Bezug auf eine Nebenbestimmung des Vertrages (z. B. auf Ort oder Zeit der Erfüllung) bedungen, so gelten hinsichtlich der Erfüllung der übrigen Vertragsverpflichtungen die allgemeinen Rechtsgrundsätze. [2])

Ausnahmsweise bleibt dem Richter vorbehalten, in Fällen, in welchen der Verpflichtete durch unvorhergesehene, unverschuldete Umstände an der Erfüllung des Vertrages gehindert wurde, die Konventionalstrafe auf ein billiges Maaß herabzusetzen oder auch ganz aufzuheben. [3])

[1]) Wenn z. B. ein Bauunternehmer bei einer Konventionalstrafe von Fr. 1000 sich verpflichtet, auf den 1. Juli, als den Tag eines abzuhaltenden Gesangfestes, die Sängerhütte fertig zu erstellen, und es geschieht dies nicht, so ist er zwar zur Zahlung der bedungenen Konventionalstrafe, aber zu keiner weitern Entschädigung pflichtig, indem jene Konventionalstrafe eben den im Fall der Nichterfüllung des Vertrages zu leistende Schadensersatz repräsentirt. Es ist daher nicht zu rechtfertigen, daß das österr. Ges. (§ 1336) und das preuß. L. R. (I. 5 § 311) dem Berechtigten einräumen, auch wenn die Konventionalstrafe für Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit bedungen wurde, auf deren Erfüllung und die Leistung der Konventionalstrafe zugleich zu klagen. Ein Zusatz des ursprünglichen Entwurfes, wonach der Berechtigte die Wahl gehabt hätte, entweder auf die Konventionalstrafe oder auf Erfüllung zu klagen, wurde von der ersten Kommission gestrichen.

[2]) Meist werden solche Konventionalstrafen für verspätete Leistungen bedungen und vertreten alsdann den Schadensersatz für den Verzug. Z. B. ein Bräutigam bestellt bei einem Schreiner die Möblirung seines Hauses bis zum 1. Mai, an welchem Tage er Hochzeit zu halten gedenkt, und bedingt sich zugleich für jeden Tag Verspätung eine Konventionalstrafe von Fr. 10; alsdann würde er, wenn die Möblirung verspätet würde, die bedungene Konventionalstrafe fordern, zugleich aber den Schreiner zur Erfüllung des Vertrages anhalten können. (Vgl. preuß. L. R. I. 5. § 295 und 296.)

[3]) Wenn also in obigem Fall der Schreiner z. B. darthun könnte, daß er seine bisherigen Gesellen ohne seine Schuld verlor und trotz alles Fleißes nicht sofort neue erhalten konnte, so würde der Richter wohl eine Ermäßigung der Konventionalstrafe eintreten lassen. (Nach dem preuß L. R. I. 5 § 301 darf der Richter die Konventionalstrafe nur bis auf den doppelten Betrag des wirklich erlittenen Schadens ermäßigen.)

IV. Erfüllung und Gewährleistung.

A. Erfüllung.

§ 330.

Genaue Erfüllung.

Verträge sind in Bezug auf Art und Beschaffenheit der Leistung genau nach ihrem Inhalte zu erfüllen.

Blos theilweise Leistungen braucht sich der Berechtigte, selbst auf Abschlag, nicht gefallen zu lassen. [1])

Im Zweifel ist mittlere Beschaffenheit der Leistung anzunehmen und haben Maaß, Gewicht und Werth des Orts, wo der Vertrag zu erfüllen ist, als maßgebend zu gelten.

Wenn nicht ausdrücklich fremde Münzsorten oder Währungen bedungen wurden, so haben die in der Schweiz gesetzlichen Münzsorten und der eidgenössische Münzfuß zu gelten. [2])

[1]) Wenn A dem B 100 Pfd. zu liefern verspricht, so ist B nicht schuldig, blos 50 Pfd. anzunehmen, selbst dann nicht, wenn A ihm die Nachlieferung der fehlenden 50 Pfd. verspräche. (Particularis solutio pro nulla solutione habetur.)

[2]) Vgl. Bundesgesetz über das eidg. Münzwesen vom 7. Mai 1850. In diesem Gesetz sind namentlich auch zu beachten: § 8 („es dürfen Lohnverträge nur auf dem gesetzlichen Münzfuß abgeschlossen werden") und § 10 („es soll Niemand gehalten sein, mehr als 20 Fr. an Werth in Silbersorten unter dem Einfrankenstück, mehr als 20 Fr. an Werth in Billon- und mehr als 2 Fr. an Werth in Kupfermünzen an Zahlung anzunehmen, welches auch der Betrag der Zahlung sein mag").

Anmerk. Unsere Statuten enthielten auch verschiedenerlei Bestimmungen über die Erfüllung von Verträgen. Die Oberengad. und Münsterth. St. machten es zur Pflicht, jedes vertragsmäßige Versprechen so wie es gegeben worden zu halten (Scodüna imprommissiun d'obligatiun fatta dess in il möd chia l'ais fatta gnir seguida e salveda). Ebenso verlangen die Oberhalbst. Stat., „daß in Vertragsangelegenheiten Einer sein Wort halte, was er versprochen hat, also das deß Mannes Wort gelten soll in allen Versprechungen." — Das Klosterser L. B. erklärt den Gläubiger schuldig, theilweise Zahlungen anzunehmen, „dieweil noch kein Köstig noch Schaden aufgegangen ist noch ausgeben worden, zu empfahn von seinem Schuldner was er ihm an baarem Geld gibt, es seye wenig oder vil." — Endlich mag bemerkt werden, daß nach dem L. B. der V Dörfer man nicht schuldig war, mehr Münze anzunehmen als für fl. 10 auf fl. 100.

§ 331.

Ort der Erfüllung.

Verträge sind mit Beziehung auf unbewegliche Sachen an dem Orte, wo diese sich befinden, mit Beziehung auf bewegliche Sachen und persönliche Leistungen an dem Orte, welcher ausbedungen wurde, wenn er aber nicht bestimmt war, an demjenigen Orte zu erfüllen, der nach dem muthmaßlichen Willen der Kontra-

henten oder nach Beschaffenheit des Vertrages als Erfüllungsort anzunehmen ist.

Im Zweifel hat die Leistung an dem Orte des Vertragsabschlusses, wenn der Vertragsgegenstand zur Zeit, als die Verbindlichkeit übernommen wurde, sich dort befand, sonst aber an dem Wohnorte des Verpflichteten zu geschehen. [1])

Im Zweifel sind Geldschulden an dem Wohnort des Gläubigers zu bezahlen. [2]) Sollte jedoch letzterer seit dem Vertragsabschluß den Wohnort gewechselt haben, so ist der Schuldner nur dann pflichtig, an dessen neuem Wohnorte Zahlung zu leisten, wenn ihm daraus keine größere Belästigung erwächst. [3])

[1]) Gemeinrechtlich streitig ist, ob im Zweifel der Vertrag am Wohnorte des Berechtigten oder des Verpflichteten zu erfüllen sei. Auch die neueren Gesetzgebungen weichen in diesem Punkt außerordentlich von einander ab. Der oben aufgenommene Grundsatz, der sich demjenigen des *Code Nap.* (§ 1247) annähert, entspricht wohl am besten der Natur der Sache. Wenn z. A von B ein Rind, das derselbe bei sich hatte, in Z kauft, so ist B schuldig, dem A dasselbe am gleichen Orte zu übergeben und kann ihm nicht zumuthen, es in seinem (des B) Wohnort X in Empfang zu nehmen. Wohl aber wird, wenn obiger Fall nicht eintritt, A das von B gekaufte Rind an des letzteren Wohnort abzuholen haben. In den meisten Fällen wird übrigens der Ort der Leistung, wenn nicht von den Parteien ausdrücklich bedungen, so doch in der Natur des Vertrages selbst begründet sein.

[2]) Vgl. zürcher Ges. § 994. Wenn dagegen eine Geldzahlung als Entgelt einer Leistung (z. B. als Preis für eine gekaufte Waare), Zug um Zug, zu erfolgen hat, so ist der Berechtigte selbstverständlich verpflichtet, sie da anzunehmen, wo seine Leistung erfolgte, indem er widrigenfalls als Empfänger in Verzug geriethe.

[3]) Wenn der in Chur wohnende A dem im Oberland wohnenden B ein Kapitaldarlehen macht, so hat, wenn hierüber nichts bedungen wurde, B dem A sowohl Zins als Kapital in Chur zu entrichten, bez. ihm dieselben dahin franko zuzuschicken. Wenn aber A seinen Wohnort nach Zürich verlegen sollte, so würde B nicht schuldig sein, die Zahlungen in Zürich zu leisten, indem ihm die Sendung nach Zürich mehr Kosten als diejenige nach Chur verursachen würde. Es muß also A auch fortan die Zahlungen des B in Chur in Empfang nehmen. Mehrere Schweizergesetze dehnen jene Verpflichtung des Schuldners auf alle Wohnortsveränderungen des Gläubigers innerhalb des Kantons aus.

Anmerk. Auch nach den Poschiaver Stat. mußten Zahlungen an Auswärtige auf Kosten des Schuldners geschehen.

§ 332.

Zeit der Erfüllung.

Ist in einem Vertrage für die bedungene Leistung keine Zeit bestimmt, so kann der Berechtigte, vorbehalten die billige Berücksichtigung gegebener Umstände, [1]) sofort dessen Erfüllung verlangen.

Ist dafür eine Zeitfrist festgesetzt, so kann die Leistung nach Willkür des Verpflichteten bis zum Schlusse ihres letzten Tages stattfinden. [2])

Ist dafür ein bestimmter Tag (Verfalltag) festgesetzt, so kann die Leistung vor dessen Eintritt weder gefordert werden, noch wider Willen des Berechtigten stattfinden. [3])

Verträge endlich, die für eine bestimmte oder begrenzte Zeitdauer eingegangen wurden, sind vor Ablauf der letzteren nicht als erfüllt anzusehen. [4])

[1]) Vgl Thibaut Pand. § 95 und zürch. Ges. § 987. — Wenn z. B. A dem B dessen Wohnhaus abkauft, so wird, wenn die Parteien hierüber auch nichts festsetzten, dennoch dem B die nach den Umständen erforderliche Frist zur Räumung und Uebergabe des Hauses gestattet werden müssen.

[2]) Wenn der Holzhändler A dem B am 5. Mai verspricht, ihm bis zum 1. Sept. ein bestimmtes Quantum Holz zu liefern, so kann es der A nach seiner Willkür an jedem Tage bis zum 1. Sept. liefern.

[3]) Wenn z. B. der Schuldner A dem Gläubiger B versprach, das von diesem entlehnte Kapital am 12. Mai zu erstatten, so ist B nicht schuldig, dasselbe vor dem Verfalltag, also z. B. schon im Merz oder April, in Empfang zu nehmen.

[4]) Z. B. Mieth-, Pacht-, Lohnarbeits-, Gesellschafts-, Versicherungsverträge. Die Fortsetzung bez. stillschweigende Erneuerung derselben ist hiebei, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen, vorbehalten. Eine begrenzte aber nicht bestimmte Zeit ist z. B. die Lebensdauer eines Menschen, auf welche ja auch Verträge (z. B. Leibrentenverträge) abgeschlossen werden können.

§ 333.

Von Wem und an Wen zu erfüllen ist.

Die Erfüllung des Vertrages muß, um den Verpflichteten zu befreien, an den Berechtigten selbst oder einen von ihm zu Empfangnahme der Leistung Bevollmächtigten erfolgen. [1])

Die an einen Handlungsunfähigen (§ 15) erfolgte Leistung befreit den Verpflichteten nur in so weit, als das Geleistete noch vorhanden ist oder in den Nutzen des Empfängers verwendet wurde. [2])

Die Verbindlichkeit des Verpflichteten kann auch von einem Dritten, selbst ohne des ersteren Wissen und Willen, durch die vertragsmäßige Leistung getilgt werden. [3])

[1]) Wenn also A die Zahlung, die er dem B schuldet, zu dessen Handen dem C leistet, ungeachtet dieser von B zur Empfangnahme nicht bevollmächtigt war, so geschieht dies auf Wag und Gefahr des A, derart, daß er, wenn C das erhaltene Geld nicht dem B übergeben sollte, gegenüber letzterem eben so haftbar bleibt, als ob er keinerlei Zahlung geleistet hätte. — Unter Umständen kann der Schuldner freilich auch durch gerichtliche Hinterlage sich von seiner Verpflichtung befreien (vgl. § 341 2tes Lemma).

[2]) Wenn A, der dem bevogteten B Fr. 1000 schuldet, diese Summe dem B persönlich statt dessen Vogte entrichtet, so wird letzterer diese Zahlung nur in sofern anzuerkennen haben, als entweder jene Fr. 1000 sich noch in natura bei B vorfinden und somit vom Vogt an Hand genommen werden können oder dieselben eine für B nützliche Verwendung erhielten, z. B. zur Tilgung einer rechtmäßigen Schuld, zu Anschaffung nothwendiger Lebensbedürfnisse u. s. w. verwendet wurden. Sollte aber B das Geld (im Spiel, Trunk u. s. w.) nutzlos vergeudet oder gar verschenkt haben oder die nützliche Verwendung desselben überhaupt nicht nachweisbar sein, so bliebe A gegenüber dem Vogte des B noch immer um die Fr. 1000 belangbar (vgl. Note 4 zu § 44).

Da indeß die Verbeiständeten laut § 106 (s. Note 1) über die Renten ihres Vermögens selbständig verfügen können, so versteht es sich, daß Zinsen den Verbeiständeten gültig bezahlt werden können, wogegen mit Bezug auf Kapital-

zahlungen obige Gesetzesvorschrift auch im Verhältniß zu Verbeiständeten in Anwendung kommt.

³) Wenn A dem B Fr. 1000 schuldet, so kann C, dem es daran liegt, seinem unvermöglichen Freund A eine Wohlthat zu erweisen, ohne daß dieser etwas davon weiß, die Fr. 1000 dem C gültig bezahlen, d. h. so, daß A dadurch von seiner Schuld frei wird, und der Gläubiger B seinerseits kann die Annahme der Zahlung, vorausgesetzt, daß sie durchaus vertragsmäßig erfolgt, nicht verweigern. (Vgl. L. 53 D. de sol. 46. 3; wogegen das österr. Ges. § 1422 die Zustimmung des Schuldners fordert.)

Eine Verpflichtung des Gläubigers, die vertragsmäßige Leistung von einem Dritten anzunehmen, kann sich indeß selbstverständlich nur auf Fälle erstrecken, in welchen die Persönlichkeit des Verpflichteten weder viel noch wenig in Betracht kommt, also jedenfalls nicht auf persönliche, sondern nur auf rein vermögensrechtliche Leistungen.

§ 334.

Zahlung.

Unter Zahlung wird zunächst eine Leistung an Geld verstanden.

Nimmt der Gläubiger andere Gegenstände statt des Geldes (an Zahlungs Statt) an, so hat der Verpflichtete für die übergebenen Gegenstände Gewähr (im Sinne der §§ 343 und 344) zu leisten. ¹)

Zahlungen für zinstragende Schulden werden im Zweifel zunächst auf die Zinsen, und zwar auf die länger verfallenen zuerst, abgerechnet. ²) Schuldet der Verpflichtete verschiedene Posten, so kann er bestimmen, für welche derselben er die Zahlung leistet. Im Zweifel wird eine Zahlung zuerst von den für ihn lästigsten, unter gleich lästigen von je der älteren abgerechnet. ³)

¹) Die Angabe an Zahlungsstatt erscheint alsdann als ein Verkauf. Der Preis der an Zahlungsstatt übergebenen Gegenstände wird von dem Uebernehmer bezahlt gleichsam durch Kompensation mit seiner Forderung. Zu einer Annahme von Gegenständen an Zahlungsstatt ist der Gläubiger (außer im Konkurs) nicht verpflichtet.

²) Wenn sich die Parteien nicht anders verständigten, kann der Schuldner den Gläubiger nicht zwingen, die Zahlung von dem Kapital abzurechnen, bevor die Zinsen bezahlt sind, noch von den später verfallenen Zinsen statt von den früher verfallenen abzurechnen.

³) Die Erklärung des Schuldners, welche Post er zahlen will, wird maßgebend sein, nur wird er den Gläubiger nicht zwingen können, von den nicht verfallenen Posten abzurechnen, da der Gläubiger nicht schuldig ist, die Leistung vor dem Verfalltag anzunehmen. Erklärte der Gläubiger, (z. B. in der Quittung) für welche Post er die Zahlung annehme und gab sich der Schuldner damit zufrieden, so liegt darin eine stillschweigende Zustimmung des letzteren.

Anmerk. Verschiedene unserer Statuten gestatteten dem Schuldner (wohl mit Vorbehalt des Gelddarlehens), wenn er kein Geld hatte, ausdrücklich Leistungen an Zahlungsstatt und bestimmten die Gegenstände, die der Gläubiger dafür annehmen mußte. So die Poschiaver Stat. (cap. 23), wo als solche Gegenstände bezeichnet sind: vino, formaggio, butiro, bestiami, drappi di lino e di lana, arame e ferro. Aehnlich die Oberengad. St. Diejenigen von Bivio (90) sagen: „Statuito è ancora che un vicino di Bivio o Marmorea possa pagare l'hoste con butiro e formaggio per spesa di diritto dando però come si vende per danari

contanti"; und die Stat. von Untertasna (c. 110): „In roba da fuond po gnir dat ogni sort mual, excepta chavals et vachas sur 7 lats; item ogni sort granezza (seal, hierdi, arbaglia, furmaint) sco eir chaschöl, cigrun (dand però eir üna terza paing laprò) item chirom, schuonscha, saiv, ma d'otra sort non eis el oblig da retschaiver". Obige Bestimmungen hatten offenbar ihren Grund in dem damaligen Mangel an kursirendem Metallgeld.

§ 335.

Empfangschein.

Der Verpflichtete [1]) ist berechtigt, über seine Leistungen von dem Gläubiger Empfangsbescheinigungen und, nachdem er die Verpflichtung ganz erfüllt hat, eine Quittung und Herausgabe der von dem Schuldner ausgestellten Verpflichtungsurkunde [2]) zu verlangen.

[1]) Im Entwurf der ersten Kommission hieß er: „Der die Verpflichtung Erfüllende", um anzudeuten, daß wenn ein Dritter für den Verpflichteten zahle, diesem das nämliche Recht zustehe.

[2]) Andere Urkunden sind als bleibendes Eigenthum des Gläubigers anzusehen und können ihm daher von dem Schuldner nicht abverlangt werden.

§ 336.

Beweis der Erfüllung.

Die Erfüllung eines Vertrages muß von dem Verpflichteten bewiesen werden. So weit er die Leistung, der Quantität und der Gattung nach, beweist, wird vermuthet, daß sie nach Vertrag erfolgte, jedoch bleibt der Gegenbeweis dem Berechtigten vorbehalten. [1])

Die dem Schuldner ausgestellte Quittung dient demselben als Beweis für die erfolgte Zahlung, [2]) es sei denn, daß der Gläubiger unverzüglich gegen deren Beweiskraft Einsprache erhob und zugleich aus den Umständen sich als wahrscheinlich ergibt, daß er blos in Erwartung der sofort erfolgenden Zahlung die Quittung ausstellte, in welchem Falle die Beweiskraft der letzteren gehemmt wird. [3])

[1]) Es betrifft dies einen schwierigen Punkt des Prozesses, worüber sich andere Gesetzgebungen nicht näher aussprechen. Es liegt indeß obige Bestimmung wohl in der Natur der Sache. Hat der Verpflichtete eine, von dem Berechtigten nicht sofort protestirte Leistung bewiesen, so spricht die Vermuthung für die Vertragsmäßigkeit der Leistung und ist es Sache des Berechtigten, das Gegentheil zu erweisen, sei es, daß er, bei zweiseitigen Verträgen, der Klage auf die Gegenleistung die Einrede der nicht gehörigen Erfüllung (exceptio non rite adimpleti contractus) entgegenstelle, sei es, daß er aus demselben Grunde auf Reszission des Vertrages oder Entschädigung klage. Und auch dieser Gegenbeweis steht ihm nur unter der Voraussetzung zu, daß er nicht die Leistung stillschweigend genehmigt habe (s. § 350). Der dem Verpflichteten obliegende Beweis der geschehenen Leistung involvirt übrigens selbstverständlich, daß er nicht nur eine Leistung (z. B. eine Zahlung überhaupt), sondern auch eine, nach Quantität und Gattung bestimmte Leistung beweisen muß. Vgl. Wangerov Leitfaden (2te Aufl.) III. pag. 288 und 289.

[2]) Die blose Rückgabe der Schuldurkunde dagegen gibt nur eine Vermuthung, nicht aber einen förmlichen Beweis für die Tilgung der Schuld, denn dieselbe erfolgt im Grunde nicht zur Entlastung des Schuldners, sondern blos weil der Gläubiger, nachdem er befriedigt ist, kein Recht mehr daran hat.

[3]) Das röm. Recht hatte, wohl aus dem Grunde, weil Quittungen oft antizipirt werden, denselben 30 Tage lang keinerlei Beweiskraft beigelegt. Mit Recht sind die neueren Gesetze davon abgegangen. Dagegen verdient jener Umstand in soweit Berücksichtigung, daß der Quittung anfänglich blos die Begründung einer rechtlichen Vermuthung und erst wenn der Gläubiger nicht sofort reklamirt, auch förmliche Beweiskraft für die geschehene Zahlung beigelegt wird. Die rechtliche Vermuthung für die wirklich geleistete Zahlung wird aber zufolge obiger Bestimmung auch durch die sofortige Proteste des Gläubigers nicht ohne Weiteres, sondern erst dadurch vollends aufgehoben, daß er die voreilige Ausstellung der Quittung auch noch durch andere Umstände wahrscheinlich macht. Vgl. zürcher Ges. § 1047.

Die meisten Gesetze sprechen sich auch noch über anderweitige, durch Quittungen begründete Präsumtionen aus, namentlich: daß die Quittung für das Kapital die Vermuthung begründe, daß auch dessen Zinsen bezahlt seien, und daß die Quittung für eine spätere periodische Leistung (Zinsen, Renten u dgl.) die Vermuthung begründe, daß auch die früheren fällig gewesenen erfüllt seien. Allein es folgt dies von selbst aus § 334, wonach Zahlungen im Zweifel zuerst auf Rechnung der Zinsen und unter mehreren fälligen gleich lästigen Schuldposten zuerst auf Rechnung je der älteren geschehen. Das österr. Ges. § 1430 spricht letztere Vermuthung aus nicht nur mit Bezug auf Zinsen und Renten, sondern auch mit Bezug auf Rechnungen von Handels- und Gewerbsleuten.

Der Entwurf enthielt noch den Zusatz „der eigentliche Gegenbeweis bleibt ihm (dem Gläubiger) stets vorbehalten", um auszudrücken, daß dem Gläubiger, selbst wenn die von ihm aushingegebene Quittung wegen Unterlassung einer rechtzeitigen Proteste förmliche Beweiskraft erlangt haben sollte, vorbehalten bleibe, durch einen eigentlichen Gegenbeweis deren Wirkung aufzuheben. Die zweite Kommission strich diesen Zusatz, von der Ansicht ausgehend, daß nach den Regeln des Zivilprozesses die Zulässigkeit des Gegenbeweises selbstverständlich sei.

§ 337.

Bedingung zur Erfüllungsklage.

Bei gegenseitigen Verträgen kann ein Kontrahent von dem andern nur dann die Erfüllung fordern:

1. wenn er selbst seine Verpflichtung erfüllt hat; [1]) oder, falls er selbst sie nicht erfüllt hätte, auch
2. wenn nach der Natur des Geschäftes die Leistung des andern der seinigen vorausgehen muß. [2])

In letzterem Falle kann jedoch nur unter der Voraussetzung auf Erfüllung geklagt werden, daß nicht von Seite des Beklagten nachgewiesen werden kann, es sei der Klagende unfähig geworden, die Gegenleistung zu erfüllen. [3])

[1]) Z. B. wenn A und B sich durch einen Gesellschaftsvertrag verpflichtet haben, daß jeder innert $1/2$ Jahre Fr. 1000 in ein Geschäft einschießen soll, kann A selbst nach Ablauf der halbjährigen Frist nicht gegen B auf Erfüllung klagen, wenn er selbst seine Verpflichtung auch nicht erfüllt, d. h. die Fr. 1000 ebenfalls nicht eingeschossen hat.

[2]) Z. B. wenn A bei dem Schuhmacher B ein paar Schuhe für Fr. 12 bestellt hat, so kann er den B auf Lieferung der Schuhe belangen, ungeachtet er selbst seine Gegenleistung noch nicht erfüllt, d. h. dem B die Fr. 12 noch nicht bezahlt hat; denn die Zahlung des A wird erst fällig, nachdem er von B die Schuhe erhalten hat.

[3]) Wenn A dem B in Folge eines Kaufvertrages Waaren liefern soll, so kann B den A freilich zur Lieferung anhalten, bevor er (B) die Zahlung dafür geleistet

hat, weil er diese nicht eher als bis jene erfolgte, schuldig ist. Sollte aber B inzwischen in Konkurs gerathen und dadurch zur Leistung der Zahlung offenbar unfähig geworden sein, so kann er gegen A die Erfüllungsklage nicht mehr anstellen. Es hat dieser Grundsatz erhebliche praktische Wichtigkeit. Vgl. preuß. L. R. I. 5. § 232 und I. 16. § 22— 24 und § 271.

Anmerk. Ein Zusatz des Entwurfs: „Uebrigens hat derjenige, der auf eine Leistung klagt, die dem Beklagten obliegende Verpflichtung zu beweisen" wurde, weil prozessualischer Natur, von der zweiten Kommission gestrichen.

§ 338.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Wenn ein Vertrag gar nicht oder nicht nach Abrede erfüllt wird, so hat der Verpflichtete dem Berechtigten allen direkten, d. h. unmittelbar aus dem Vertragsverhältniß entsprungenen erweislichen Schaden [1]) zu ersetzen. Dieser Schadensersatz befaßt:

1. wenn es sich nicht um eine Geldleistung handelt, den in Geld zu veranschlagenden Werth der unterbliebenen Leistung, beziehungsweise den Betrag des dadurch am Vermögen des Berechtigten unmittelbar verursachten Schadens; [2]) wenn es sich dagegen um eine Geldleistung handelt, die Verzugszinsen, sofern solche gerechtfertigt sind (§ 340); [3])
2. die dem Berechtigten durch die Geltendmachung seiner Ansprüche verursachten Kosten. [4])

Sollte sich der Verpflichtete bei der Nichterfüllung des Vertrages erweislich [5]) grobe Fahrläßigkeit oder böswillige Absicht (Arglist) haben zu Schulden kommen lassen, so haftet er nach Maßgabe seiner Verschuldung [6]) bis auf vollen Schadensersatz, d. h. bis zur Vergutung des dem Berechtigten auch in Folge begleitender Umstände (indirekt) verursachten Schadens, insbesondere auch für den ihm erweislich entgangenen Gewinn. [7])

Der Verpflichtete haftet in der Regel auch für denjenigen Schaden, der dem Berechtigten dadurch verursacht wurde, daß der Vertrag durch Schuld der Glieder seiner Familie, seiner Angestellten und Beauftragten nicht zur Erfüllung kam. [8]) Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff auf jene Personen.

Bei Verträgen, deren Erfüllung wesentlich durch die Persönlichkeit des Pflichtigen bedingt wird (wie namentlich im Lohndienstvertrage, häufig auch im Gesellschaftsvertrage) ist der Grad der Fahrläßigkeit zunächst nach dessen persönlicher Befähigung zu bemessen. [9])

[1]) Es ist dies das römische damnum emergens, in den Lehrbüchern auch positiver Schaden genannt. Diesen Schaden ist der Vertragsbrüchige, mit Vorbehalt der unten folgenden Beschränkungen, abgesehen von seiner subjektiven Verschuldung, regelmäßig zu ersetzen verpflichtet.

[2]) Z. B. A verkauft dem B ein Pferd für 25 Napld'or., das nach allgemeinem Verkehrswerth wohl 30 Napld'or. gelten durfte. Statt es aber an B, der bereit ist, es in Empfang zu nehmen, abzuliefern, spannt er es an die Post, bei welchem

Anlaß es ein Bein bricht. In diesem Falle werden nun die 30 Napld'or., die das Pferd hätte gelten können, den „Werth der unterbliebenen Leistung" repräsentiren und es wird daher B diese Summe als Ersatz des ihm direkt durch die Nichterfüllung des Vertrags verursachten Schadens fordern können. — Der direkte Schaden ist, mit Vorbehalt des reinen Zufalls (s. Schlußlemma des § 339) von dem den Vertrag nicht Erfüllenden unter allen Umständen, ganz abgesehen von dem Grad seiner Fahrläßigkeit, zu ersetzen.

³) Wenn es sich um blose Geldleistungen handelt, z. B. wenn A eine auf einen bestimmten Tag fällige Zahlung dem B nicht leistet, so vertreten die hiefür berechenbaren Verzugszinsen den erlittenen direkten Schaden und kommen die Bestimmungen des § 340 in Anwendung. Aber selbst diese Verzugszinsen können nur unter der Voraussetzung berechnet werden, daß es sich nicht um die säumige Rückerstattung einer bereits verzinslichen Kapitalschuld handle, indem für diese die Zinsen ohnehin bis zur Abzahlung fortlaufen.

⁴) Also namentlich die Betreibungs- und auch die Prozeßkosten, so weit deren Berechnung nach Sachlage überhaupt gerechtfertigt sind. Auch diese Kosten sind, weil akzessorisch, als direkte Folge der Nichterfüllung des Vertrages anzusehen.

⁵) Die Beweislast hiefür liegt selbstverständlich dem Berechtigten ob.

⁶) Die Bemessung des Grades dieser gröberen Verschuldung und der danach sich richtenden Ersatzpflicht muß der richterlichen Beurtheilung des konkreten Falles überlassen bleiben.

⁷) Z. B. wenn A dadurch, daß B ihm die versprochenen 100 Saum Wein nicht rechtzeitig geliefert hat, seinerseits gegenüber dem C, dem er das nämliche Quantum auf einen bestimmten Tag liefern sollte, in eine Konventionalstrafe von Fr. 500 verfallen ist, so repräsentiren diese Fr. 500 den durch die Säumniß des B an dem Vermögen des A in Folge „begleitender Umstände" also indirekt verursachten Schaden. Wenn ferner B dem A versprochen gehabt hätte, ihm den Wein auf 1. Dezembr. in Z zur Verfügung zu stellen und A wäre mit seinem Fuhrwerk vergeblich zur Empfangnahme der Waare nach Z gereist, so würden wohl auch seine durch diese Reise verursachten Auslagen und Zeitverwendung einen Bestandtheil des „am Vermögen des Berechtigten (A) indirekt verursachten Schadens" bilden. Wenn endlich A, wofern B ihm die versprochenen 100 Saum zu dem bedungenen Preise rechtzeitig geliefert hätte, weil mittlerweile die Weinpreise stiegen, das nämliche Quantum mit einem Gewinn von Fr. 1000 hätte losschlagen können, so vertritt dieser dem A entgangene Gewinn (lucrum cessans) ebenfalls einen ihm durch B indirekt verursachten Schaden. Auf den Ersatz dieses indirekten Schadens nun kann somit A nur in sofern klagen, als B sich eine grobe Fahrläßigkeit oder böswillige Absicht zu Schulden kommen ließ.

Freilich ist bei Beurtheilung dessen, was in die Kategorie des direkten oder des indirekten Schadens gehört, dem Richter viel Spielraum gelassen.

Bei Schätzung des Schadens ist übrigens in der Regel nur der sachliche Werth der unterbliebenen Leistung und nicht eine besondere Liebhaberei (Affektion) des Berechtigten in Anschlag zu bringen. Auch versteht es sich, daß da, wo keinerlei rechtliches Interesse an der Erfüllung eines Vertrages nachweisbar ist, eine Pflicht zum Schadensersatz nicht angenommen werden kann.

⁸) Vgl. zürcher Ges. § 1007. Es kann sich also z. B. der Baumeister, der ein Haus nicht nach Vertrag bis Georgi fertig brachte, sich nicht damit entschuldigen, daß seine Gesellen die Arbeit derart verpfuschten, daß sie zum zweiten Mal gemacht werden mußte, noch auch damit, daß seine Unterakkordanten ihm gegenüber ihren Vertrag ebenfalls nicht inne hielten.

⁹) Wer z. B. bei einem schlechten Maler ein Gemälde bestellt, einen schläfrigen Knecht in Dienst nimmt oder mit einem untauglichen Gesellschafter sich verbindet, der muß sich auch deren (untergeordnete) Leistungen nach Maßgabe ihrer Befähigung gefallen lassen. Es gilt hier vollkommen was der röm. Jurist Cajus mit Bezug auf Gesellschafter (L. 72 D. pro socio. 17. 2) sagt: „Culpa autem non ad exactissi-

mam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem socium sibi adquirit, de se queri debet." In solchen Fällen wird der nach der persönlichen Befähigung des Pflichtigen zu bemessende Fleiß (diligentia in concreto) oder, da hiefür in der Regel die Besorgung der eigenen Angelegenheiten den Maßstab abgibt, der auf die eigenen Angelegenheiten verwendete Fleiß (diligentia quam suis rebus) gefordert. Alsdann haftet daher der Pflichtige, wenn er nicht in seinen eigenen Angelegenheiten ein pünktlicher und umsichtiger Mann ist, in der Regel nur für grobe Fahrläßigkeit (culpa lata). Freilich kommt es überall auf die Art der Leistung an. So werden z. B. auch Gesellschafter hinsichtlich der Rechtzeitigkeit ihrer Beitragsleistung stets geringste Fahrläßigkeit prästiren müssen, da es hiebei auf ihre persönliche Befähigung nicht ankommt.

§ 339.

Minderung der Schadensersatzpflicht.

Die Schadensersatzpflicht greift nur in so weit Platz, als der Berechtigte den Schaden nicht selbst verschuldet hat. [1])

Bei unentgeltlichen (durch einseitigen Vertrag übernommenen) Leistungen ist die Schadensersatzpflicht im Allgemeinen niedriger als bei entgeltlichen (durch gegenseitigen Vertrag übernommenen). Sie kann bei ersteren sogar ganz wegfallen, wenn ihr nur ein leichtes Versehen (geringe Fahrläßigkeit) zum Grunde liegt. [2])

Wer dagegen in Folge eines unentgeltlichen Vertrages allein den Vortheil hat, haftet auch für geringe Fahrläßigkeit. [3])

Nachgewiesene höhere Gewalt sowie überhaupt gänzlich unverschuldeter (reiner) Zufall, wodurch die Erfüllung ganz oder zum Theil unmöglich wird (vgl. § 365), enthebt den Verpflichteten von jeder Schadensersatzpflicht. [4])

[1]) Jeder Kontrahent hat die Folgen seiner Verschuldung zu tragen. In demselben Maße, in welchem daher der Berechtigte die Nichterfüllung mit verschuldet hat, mindert sich die Verantwortlichkeit des Verpflichteten und kann dadurch sogar ganz aufgehoben werden. Z. B. wenn der Schaden den die Waare auf dem Transport genommen, Folge der schlechten Verpackung ist, so kann der Versender dafür den Frachtführer nicht behaften, sondern hat den Nachtheil an sich zu tragen.

[2]) Gegenüber demjenigen, der für seine Leistung nichts erhält, können die Anforderungen in Bezug auf die Erfüllung seines Versprechens offenbar nicht so streng sein, wie gegenüber demjenigen, der Anspruch auf eine Gegenleistung hat. Daher wird die Fahrläßigkeit, die sich z. B. der nicht bezahlte Mandatar bei Ausführung seines Auftrages oder der nicht bezahlte Depositar bei Verwahrung der ihm anvertrauten Sache zu Schulden kommen läßt und dessen daherige Schadensersatzpflicht milder beurtheilt werden als diejenige des bezahlten Mandatars oder Depositars.

Auch nach röm. R. galt die Regel, daß, wer keinen Vortheil aus einem Vertrage hat, nur für grobe Fahrläßigkeit und Arglist (culpa lata und dolus) einzustehen habe (Thibaut § 165). Indeß mußten doch der Mandatar und der Depositar selbst für geringe Fahrläßigkeit (culpa levis) haften, was offenbar inkonsequent ist und auch neuere Gesetzgebungen verführt hat.

[3]) Es folgt dies aus dem Obigen. Wenn daher z. B. A dem B einen Wagen unentgeltlich leiht, so hat B dem A für jede an dem Wagen bis zu dessen Erstattung erfolgende Beschädigung zu haften, die nicht erweislich einem reinen Zufall

(s. Note 4) zugeschrieben werden kann; indem B derjenige ist, der aus dem Leihvertrag allein den Nutzen hat.

4 Vgl. *Code Nap.* Art. 1148 („Il n'y a lieu a aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui était interdit"). Höhere Gewalt oder reiner Zufall sind dann anzunehmen, wenn die Vollziehung einer Vertragspflicht durch Ereignisse oder Umstände gehindert wurde, die weder viel noch wenig (weder durch eine grobe noch durch eine geringe Fahrläßigkeit) von dem Pflichtigen verschuldet wurden.

Höhere Gewalt (vis maior) und Zufall (casus) sind an sich nicht gleichbedeutend. Jene sind Ereignisse, die ihrer Natur nach überhaupt außer der menschlichen Macht, wenigstens außer der Macht der einzelnen Menschen liegen, als: Wasser- und Feuersnoth, ansteckende Seuchen, auch Kriegsereignisse u. s. w. Zufall dagegen ist jedes Ereigniß, das ohne Verschuldung des Pflichtigen der Vollziehung des Vertrages hindernd in den Weg tritt. Diebstahl und Raub z. B. werden nicht als „höhere Gewalt", sondern als „Zufall" anzusehen sein, aber auch dieses nur insofern der Pflichtige sich keinerlei Nachläßigkeit, wodurch der Diebstahl erst möglich wurde, zu Schulden kommen ließ. Der „Zufall" begreift daher die „höhere Gewalt" in sich und ist, besondere Stipulationen vorbehalten, in seiner rechtlichen Wirkung der letzteren gleich zu stellen. — Beruft sich der Pflichtige auf höhere Gewalt oder Zufall, so hat er dieselben zu beweisen.

§ 340.

Verzug des Verpflichteten.

Wenn der Verpflichtete nicht rechtzeitig (§ 332) den Vertrag erfüllt, somit in Verzug geräth, so hat er von dem Zeitpunkte an, in dem die Forderung fällig wird, bis zur Erfüllung:

1. die Gefahr der zu leistenden Sache und selbst den Zufall, wenn dieser nicht nachweisbar, trotz rechtzeitiger Leistung, auch den Berechtigten getroffen hätte, zu tragen; [1]) und
2. als Ersatz des direkten Schadens dem Berechtigten namentlich die Früchte der vorenthaltenen Sache, wenn diese ertragbar ist, [2]) nach den Grundsätzen des unredlichen Besitzes (§ 217) [3]) und zwar bei Geldleistungen, wenn diese nicht schon Zinsen sind, einen Zins von 5% zu vergüten. [4])

Im Uebrigen gelten hinsichtlich des Schadensersatzes die Bestimmungen der §§ 338 und 339.

Bei Verträgen, zu deren Erfüllung keine Zeit festgesetzt wurde, beginnt für den Verpflichteten der Verzug mit dem Tage, an welchem er von dem Berechtigten gemahnt wurde, [5]) vorausgesetzt, daß dieser (laut § 332) unter billiger Berücksichtigung der Umstände, Erfüllung verlangen kann. [6]) Abweichende kaufmännische Uebung, sofern solche als allgemein bestehend nachgewiesen wird, bleibt hiebei vorbehalten. [7]) Für Gegenleistungen, welche als eigentliches Entgelt für eine ihrer Natur nach vorauszugehende Leistung erscheinen, kann jedoch der Verzug nicht eher als bis letztere erfüllt ist, beginnen. [8])

War für die Leistung eine bestimmte Zeit bedungen, so braucht der Berechtigte nach Verfluß der letzteren die Leistungen nicht mehr

anzunehmen, und kann unter dieser Voraussetzung in Folge der Verspätung von dem Vertrage zurücktreten. [9]) War dagegen für die Leistung keine bestimmte Zeit bedungen, so kann er, wenn dieselbe verzögert wird, auf Anberaumung einer den Umständen angemessenen Nothfrist durch den Kreispräsidenten unter Androhung des Rücktritts abstellen. [10])

Im Falle des berechtigten Rücktrittes kann er das allfällig von ihm schon Geleistete beziehungsweise dessen Werth zurückfordern, hat jedoch, wenn die Leistung des Verpflichteten theilweise schon erfolgt war, so weit er dadurch bereichert ist, ihm dieselbe zu vergüten. [11]) Jedenfalls bleibt dem zum Rücktritt Berechtigten die Schadensersatzforderung nach den Grundsätzen der §§ 338 und 339 vorbehalten. [12])

[1]) Wenn z. B. A mit der Ablieferung des an B verkauften Wagens säumt und dieser mittlerweile mit dem Hause des A ein Raub der Flammen wird, so trifft dieser Zufall den A und nicht den B, d. h. A hat dem B den für den Wagen erhaltenen Kaufpreis zu erstatten; es wäre denn, daß er beweisen könnte, daß der Wagen auch im Besitze des B verbrannt wäre, ein Beweis, der ihm höchstens dann gelingen dürfte, wenn auch das Haus des B, ohne daß dieser Fahrnisse hätte retten können, abgebrannt wäre.

[2]) Z. B. die Früchte des vorenthaltenen Grundstückes oder den entsprechenden Miethzins der vorenthaltenen Gebäulichkeit. — Der Begriff „Früchte" ist hier im weiteren Sinne gebraucht und umfaßt auch die Renten und Zinsen (die der *Code Nap.* als fruits civils, Civilfrüchte, bezeichnet).

[3]) Also nicht nur die Früchte, die der säumige Pflichtige wirklich bezogen hat, sondern auch diejenigen, die der Berechtigte, wenn ihm die Sache rechtzeitig wäre übergeben worden, hätte beziehen können.

[4]) Dieser Verzugszins vertritt eben die dem Berechtigten entgangene Frucht oder Rente der vorenthaltenen Summe. Waren für die schuldige Summe Zinsen schon bedungen, so werden nicht Verzugszinsen, sondern die bedungenen Zinsen bis zur Abtragung des Kapitals berechnet, indem letztere eben die Früchte des Kapitals nach dem übereingekommenen Ansatz der Parteien, darstellen. Für rückständige Zinsen endlich können keine Verzugszinsen berechnet werden, weil Zinses-Zinsen unzuläßig sind (s. § 436).

Bemerkenswerth ist, daß einzelne unserer Statuten (z. B. Obervazer L. B. Art. 111) den Bezug von Verzugszinsen ausdrücklich untersagten.

[5]) Eben so nach röm. R. (L. 32 pr. D. de usuris. 22. 1). Es kann diese Mahnung wohl auch stillschweigend (thatsächlich) durch Zustellung der Rechnung erfolgen.

[6]) Vgl. Note 1 zu 332.

[7]) Vieler Orten besteht die kaufmännische Uebung, daß wenigstens im Verkehr zwischen Kaufleuten und namentlich im Großhandel, für jede ausstehende Zahlung von dem Tage ihrer Fälligkeit an ohne besondere Mahnung Verzugszinsen berechnet werden. Dieser Uebung soll auch hierorts Rechnung getragen werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dieselbe als eine allgemein anerkannte nachgewiesen werde.

[8]) Nach röm. R., wenigstens nach der gewöhnlichen Auffassung der Rechtslehrer, trat der Verzug sofort (ipso facto) mit der von dem einen Theil geschehenen Leistung für den andern ein (Thibaut § 101). Allein auch hier wird, wenigstens für den gewöhnlichen Verkehr, eine billige Berücksichtigung der Umstände (nach § 332) eintreten müssen — mit Vorbehalt immerhin der oben erwähnten Handelsübung.

[9]) Nach der von beiden Kommissionen gutgeheißenen Fassung des Entwurfs war die Nichtannahme der Leistung und der Rücktritt von dem Vertrag an die Voraussetzung geknüpft, daß „die Rechtzeitigkeit der Leistung für den Zweck des Vertrages wesentlich war." Der Große Rath strich aber in Folge eines in seinem Schooße gestellten individuellen Antrages diese Klausel, um nicht Streitigkeiten über den Begriff dessen, was für den Zweck des Vertrages wesentlich oder unwesentlich sei, zu veranlassen. Es ist aber sehr zu besorgen, daß diese neue Fassung in der Anwendung zu großen Härten führe. Selbst der *Code Nap.* (Art. 1184), der doch die Auflösung der Verträge am meisten begünstigt, geht nicht so weit.

[10]) Der Kreispräsident wird es sich zur Pflicht machen, vorerst, wenn möglich, auch den Pflichtigen anzuhören und erst daraufhin nach freiem Ermessen die angemessene Nothfrist zu bestimmen.

[11]) Gesetzt, der Holzhändler A verpflichtet sich gegenüber der Eisenbahnverwaltung, ihr bis 1. Okt. 10,000 Schwellen zu liefern, liefert ihr aber bis dahin blos 5000 Schwellen, die von der Verwaltung angenommen wurden, so kann zwar letztere dem A erklären, fortan keine weiteren Schwellen ihm abzunehmen, d. h von dem mit ihm abgeschlossenen Vertrage, so weit er nicht schon vollzogen ist, zurückzutreten, hat ihm aber dessenungeachtet die ihm abgenommenen 5000 Schwellen zu vergüten, indem sie sich sonst auf Kosten des A bereichern würde.

[12]) Der zum Rücktritt Berechtigte verliert somit durch den Rücktritt nicht den ihm zustehenden Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Nichteinhaltung des Vertrages nachweisbar verursachten Schadens.

§ 341.

Verzug des Berechtigten.

Wenn der Berechtigte die rechtzeitige Annahme der Leistung ohne zureichenden Grund verweigert, oder an dem Erfüllungsort sich zur rechtzeitigen Entgegennahme nicht einfindet, so hat er fortan nicht nur keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzugs von Seite des Verpflichteten (§ 340), sondern trägt auch die Gefahr der Sache. [1]) Auch wird dadurch die Fälligkeit seiner etwaigen Gegenleistung nicht hinausgeschoben. [2])

Durch gerichtliche Hinterlegung der schuldigen Sache, wenn der Berechtigte in der Annahme säumig oder verhindert oder seine Berechtigung streitig geworden ist, kann der Verpflichtete sich von seiner Verpflichtung befreien. [3])

Endlich kann der Verpflichtete, wenn der Berechtigte in der Annahme der Leistung ohne rechtlichen Grund zögert, demselben hiezu durch den Kreispräsidenten eine Nothfrist anberaumen lassen, nach deren unbenutztem Ablauf er von dem Vertrage zurücktreten kann, in sofern er keine Gegenleistung empfing. [4])

Im Uebrigen gelten auch für den Verzug des Berechtigten die Bestimmungen der §§ 338 und 339.

[1]) Wenn A laut Vertrag dem B eine Sendung Zucker auf 1. Okt. in X zur Verfügung stellt, B läßt ihn aber dort liegen und der Zucker geht in einem Brand des Waarenmagazins unter, so trifft dieses Unglück den B, der in der Empfangnahme säumig war und nicht den A, der den Vertrag genau vollzog.

[2]) Wenn A dem B am 15. Mai ein Pferd verkauft, B läßt es aber noch einen Monat lang im Stall des A stehen, so hindert diese säumige Anhandnahme des Pferdes den A nicht, sofort nach dem Kaufabschluß den Kaufpreis von B zu verlangen.

3) Wenn z. B. A dem B auf 15. Dez. Fr. 1000 in Chur bezahlen soll, dieser findet sich aber auf besagten Tag in Chur nicht ein und hat eben so wenig einen Beauftragten zur Empfangnahme bestellt, so kann A, wenn ihm daran liegt, seine Verpflichtung zu erfüllen, die genannte Summe beim Kreisamt hinterlegen, wodurch er von seiner Verpflichtung eben so befreit wird, als ob er die Zahlung direkt an B geleistet hätte.

4) Z. B.: A, der auswandern will, verkauft sein Mobiliar dem B. Dieser aber nimmt das Mobiliar nicht zu Handen, so daß A an der Vereinigung seiner Vermögensangelegenheiten, bez. an seiner Abreise gehindert zu werden Gefahr läuft. Bei der Dringlichkeit der Sache konvenirt es ihm aber nicht, den B auf Einhaltung des Vertrages zu belangen. In solchem Falle kann A dem B durch das Kreisamt eine Nothfrist zur Anhandnahme des Mobiliars ansetzen lassen, nach deren unbenutztem Ablauf er von dem Vertrage zurücktreten und das Mobiliar weiter veräußern kann. Sollte er aber von B den Kaufpreis bereits erhalten haben, so wird er sich erst von seiner Verpflichtung dadurch befreien, daß er das Mobiliar zu Handen des Käufers in gerichtliche Verwahrung gibt.

Das röm. R. gestattete sowohl bei dem Verzug des Berechtigten als bei demjenigen des Verpflichteten nur eine Erfüllungsklage, wogegen das neuere Recht, der Umgestaltung der Verkehrsverhältnisse Rechnung tragend, den einseitigen Rücktritt zu erleichtern geneigt ist.

Anmerk. Die Bergüner Stat. (Art. 23) schrieben vor, daß, wenn der Schuldner den Gläubiger einladet, die Zahlung in Empfang zu nehmen, und derselbe nicht kommt, jener von diesem Zeitpunkt an zu keiner weiteren Zinsvergutung verpflichtet sei.

§ 342.

Wahlrecht bei alternativen Leistungen.

Der Berechtigte sowohl als der Verpflichtete kann sich die Wahl zwischen verschiedenen Leistungen vorbehalten. Im Zweifel kommt sie dem Verpflichteten zu. 1)

Hat aber der Wahlberechtigte die Wahl einmal stillschweigend oder ausdrücklich getroffen, so bleibt er dabei dem Mitkontrahenten gegenüber behaftet. 2)

Wenn eine von mehreren alternativen Leistungen durch Zufall oder Schuld des Wahlberechtigten unmöglich wird, so erlischt mit Bezug auf dieselbe das Wahlrecht 3). Wurde sie durch Schuld des Nichtwahlberechtigten unmöglich, so hat dieser den dem andern durch Vereitlung seines Wahlrechts zugefügten Nachtheil zu tragen. 4)

1) Wenn der Maler A sich gegenüber B verpflichtet, ihm entweder Fr. 500 zu bezahlen oder ein Gemälde zu liefern, so spricht die Vermuthung dafür, daß die Wahl zwischen diesen beiden Leistungen dem A und nicht dem B zustehe.

2) Hat also in obigem Beispiel A einmal erklärt, daß er die Bezahlung der Fr. 500 vorziehe, so hat B hiedurch ein Recht auf die Bezahlung der Fr. 500 erlangt und kann A nicht mehr nachträglich, ohne Einwilligung des B, diese Baarzahlung durch das Gemälde ersetzen. (Anders nach röm. R., wonach der Schuldner, so oft er will sich anders entscheiden kann. S. L. 138 § 1 D. de V. O. 45. 1.)

3) Wenn, um das Beispiel von Note 1 festzuhalten, der Maler durch Lähmung seiner Hand arbeitsunfähig würde, so würde sein Wahlrecht mit Rücksicht auf das Gemälde erlöschen, so daß er einfach zur Bezahlung von Fr 500 verpflichtet bliebe.

4) Würde also dieser Maler, bevor er sich etwa zur Bezahlung der Fr. 500 entschieden gehabt hätte, durch Schuld des B (etwa in Folge einer von ihm erlittenen

Mißhandlung) arbeitsunfähig geworden sein, so würde er von seiner Verpflichtung gegen B frei, da dieser es ist, der dem A sein Wahlrecht vereitelt hat.

B. Gewährleistung.

1. Im Allgemeinen.

§ 343.

Gewährleistung.

Wer in Folge eines gegenseitigen Vertrages einem Andern eine Sache übergibt, [1]) hat dem Empfänger dafür Gewähr zu leisten:

1. daß ihm das an derselben übertragene Recht nicht in Folge eines, einem Dritten schon vorher zugestandenen, dem Empfänger unbekannt gebliebenen Rechts entzogen oder geschmälert werde; [2])
2. daß sie zur Zeit der Uebergabe die ausdrücklich zugesicherten oder nach Absicht der Kontrahenten selbstverständlich vorausgesetzten Eigenschaften, [3]) so wie das angegebene Maaß oder Gewicht besitze.

Der Uebergeber ist zur Gewährleistung nicht verpflichtet, wenn die Gewährsmängel dem Empfänger bekannt waren oder nach Lage der Sache (namentlich wenn sie ganz augenfällig waren) bekannt sein mußten. [4])

Miterben haben einander für das aus der Erbschaft Empfangene solidarisch Gewähr zu leisten. [5])

Konkursmassen leisten nur Währschaft bis zum Zeitpunkt ihrer Auflösung. [6])

Ueber die Viehwährschaft und die Gewährleistung abgetretener Forderungen insbesondere s. §§ 345—349.

[1]) Bei einseitigen Verträgen (Schenkung, Depositum, Leihvertrag) findet der Natur der Sache nach eine Gewährsleistung nicht statt. Die Schenkung ist schon gemeinrechtlich von der Währschaftspflicht enthoben. („Einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul.") Vgl. österr. Ges. § 922 und preuß. L. R. I. 5 § 318. Vgl. auch Note 2 zu § 339.

Eine Währschaftspflicht findet demnach nicht blos bei Kaufverträgen, sondern auch bei andern mit der Hingabe einer Sache verbundenen entgeltlichen Verträgen Statt, wie z. B. bei dem Mieth-, Pacht-, Pfand- und Pfrundvertrag.

[2]) Wenn A dem B ein Grundstück verkauft, das dem letzteren von C entwehrt (vindizirt) wird, so wird dadurch dem B das ihm von A übertragene Eigenthumsrecht entzogen. Kommen dagegen nachträglich Servituten und Lasten dieses Grundstücks zum Vorschein, die der Verkäufer verschwieg und die dem Käufer unbekannt waren, so wird letzterem das ihm übertragene Eigenthumsrecht geschmälert. — Bei uns sucht man bei dem Verkauf von Liegenschaften meist durch eine allgemeine Klausel (wie: „mit Rechten und Beschwerden wie das Gut bisher besessen und genossen worden") sich gegen die Währschaftspflicht für Servituten und Lasten zu schützen.

Ebenso hat der Verpächter, Vermiether und Verpfänder dem Pächter, Miether und Pfandgläubiger dafür Währschaft zu leisten, daß das ihm übertragene Recht nicht von einem dritten Berechtigten (der z. B. ein Eigenthumsrecht an der Sache geltend macht) entzogen oder (z. B. durch sehr beschwerliche Servitutberechtigungen an der Pacht- oder Miethsache) ungebürlich geschmälert werde. Derlei, das übertragene Recht angeblich „schmälernde" Beschwerden werden übrigens, um Berücksichtigung zu verdienen, von einer gewissen verhältnißmäßigen Erheblichkeit sein müssen.

³) Wenn z. B. A dem B Burgunderwein ausdrücklich als Veltliner oder halbleinenes Tuch ausdrücklich für ganz leinenes verkaufte, so hat er für diese ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften seiner Waare Währschaft zu leisten.

Wenn ferner z. B. A von B eine Uhr kauft oder miethet, von der es sich aber sofort zeigt, daß sie vermöge einer verfehlten Konstruktion ganz unbrauchbar ist, so hat B dem A hiefür Währschaft zu leisten, indem es als eine selbstverständlich vorausgesetzte Eigenschaft einer Uhr angesehen werden darf, daß sie gehe.

Die Voraussetzung gewisser Eigenschaften schließt übrigens selbstverständlich auch in sich die Voraussetzung der Abwesenheit entsprechender Mängel.

Der *Code Nap.* § 1641 definirt die Währschaftspflicht (die er aber nur bei Kaufverträgen bespricht) wie folgt: „Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus."

Es versteht sich endlich, daß die Währschaftspflicht auch dann besteht, wenn der Gewährspflichtige selbst die Gewährsmängel nicht kannte.

⁴) Wenn z. B. A dem B eine Kuh für einen Ochsen oder ein braunes Pferd für einen Schimmel verkauft, so ist das Gegentheil der von ihm angegebenen Eigenschaften so augenfällig, daß anzunehmen ist, B habe sich gutwillig die wirklichen Eigenschaften jener Thiere gefallen lassen oder habe sich einen so hohen Grad von Fahrläßigkeit zu Schulden kommen lassen, daß er die Folgen derselben zu tragen verdient.

Als in die Augen springend dürfen z. B. auch Servituten mit augenfälligen Anstalten (wie eine wahrnehmbare Wasserleitung) betrachtet werden.

Bei Beurtheilung der Frage, ob und wie weit ein Gewährsmangel dem Uebernehmer der Sache bekannt sein mußte beziehungsweise nur vermöge großer Nachläßigkeit ihm unbekannt blieb, kommt es übrigens sehr auf die persönliche Befähigung des Uebernehmers und dessen spezielle Sachkenntniß an.

⁵) Wenn der Erbe A aus der Erbmasse ein Haus zugetheilt erhält, das in der Folge von X entwehrt wird, so sind ihm die Miterben B und C hiefür solidarisch haftbar und müssen sich daher eine neue Theilung gefallen lassen. Vgl. soloth. Ges. § 1047.

⁶) Diese Bestimmung wurde von der ersten Kommission beschlossen. Wenn nun auch die Konkursmasse als juristische Person nach ihrem Erlöschen selbstverständlich keine Währschaft mehr leisten kann, so wird doch hiedurch der Bestimmung des § 148 hinsichtlich der unangemeldeten Hypothekargläubiger wohl kein Abbruch geschehen dürfen (s. Note 3 zu § 148).

§ 344.

Wirkung der Gewährleistung.

Sind die Gewährsmängel **unwesentlich** oder können sie **gehoben** werden, so kann der Empfänger von seinem Gewährsmann eine entsprechende Herabsetzung der Gegenleistung beziehungsweise die Hebung der Mängel verlangen. ¹) Können sie **nicht** gehoben werden, so kann er, wenn sie für den Vertrag **wesentlich** sind,

die Aufhebung (Rückgängigkeit) des Vertrages verlangen, der Art, daß das auf denselben hin allfällig Geleistete zurückzustellen ist. [2])

Ebenso kann bei wesentlichen Gewährsmängeln, die gehoben werden könnten, die Aufhebung des Vertrages dann verlangt werden, wenn der Gewährspflichtige sie nicht innert einer von dem Kreispräsidenten ihm hiezu anberaumten Frist wirklich hebt. [3])

Unter allen Umständen bleibt die allfällige Schadensersatzpflicht des Gewährsmanns (§§ 338 und 339) vorbehalten. [4])

Will der Vertragsgegenstand dem Empfänger ganz oder theilweise mittelst eines dinglichen Rechtes [5]) von einem Dritten entzogen (entwehrt, evinzirt) werden, so kann jener seinen Gewährsmann, in so fern dieser das Entwehrungsrecht nicht anerkennt, erst dann behaften, nachdem er durch gerichtliches Urtheil zur Herausgabe verfällt worden. In diesem Falle hat ihm der Gewährsmann auch sämmtliche Prozeßkosten zu verguten. Für den Fall der Prozeßführung greifen die Vorschriften über Streitverkündung (Art. 44—47 der Zivilprozeßordnung) Platz.

Ist der Gewährspflichtige in Konkurs gerathen, so kann der Gewährsberechtigte in das jenem allfällig gegenüber einem Dritten zustehende Rückgriffsrecht eintreten. [6])

[1]) Z. B. wenn A dem B einen Weingarten im angeblichen Maß von 1010 Ruthen zu Fr. 18 per Ruthe verkauft, es findet sich aber nachträglich, daß der Weingarten nur 995 Ruthen mißt, so kann B um deßwillen den Vertrag nicht anfechten, indem es sich um einen Gewährsmangel handelt, der, wenn ihn auch A nicht durch Hinzufügung weiterer 15 Ruthen sollte heben können doch jedenfalls für den Vertrag unwesentlich ist, so daß er damit auszugleichen ist, daß A dem B an dem bedungenen Kaufpreis die den fehlenden 15 Ruthen entsprechende Summe, d. h. 15 $\times$ 18 Fr. = 270 Fr., nachläßt beziehungsweise zurückzahlt. Würde es sich hiebei um einen Pachtvertrag handeln, so müßte die Ausgleichung durch einen entsprechenden Nachlaß am Pachtzins erfolgen.

[2]) Z. B. es liefert A dem B eine Dreschmaschine, die Konstruktion ist aber so verfehlt, daß es nicht mehr möglich ist, sie durch nachträgliche Verbesserungen zweckentsprechend zu machen, so kann B von dem Vertrag zurücktreten, d. h. dem A die Dreschmaschine zurückstellen, wogegen letzterer auch seinerseits gehalten ist, dem B die allfällig erhaltene Kaufsumme zu erstatten. Nach röm. R. hing es lediglich von der Willkür des Käufers ab (dasselbe behandelt nämlich die Gewährsmängel nur mit Rücksicht auf den Kaufvertrag), ob er die Minderungsklage (auf Ersatz des Minderwerthes) oder die sog. Wandelungsklage (auf Aufhebung des Vertrages) anstellen wollte. (Thibaut § 495.)

[3]) Gesetzt also, die von A dem B gelieferte Dreschmaschine sei zwar unbrauchbar, also mit einem wesentlichen Gewährsmangel behaftet, es sei aber der Fehler leicht zu heben, so kann zwar B (zufolge Lemma 1 dieses §) zunächst nur die Hebung dieses Gewährsmangels (somit nicht die Rückgängigkeit des Vertrages) verlangen; doch ist ihm, wenn A in der Erfüllung seiner Währschaftspflicht zögern sollte, gestattet, letzterem hiezu eine Nothfrist durch den Kreispräsidenten ansetzen zu lassen, nach deren unbenutztem Ablauf er (B) von dem Vertrag zurücktreten mag (vgl. Note 10 zu § 340 und Note 4 zu § 341).

[4]) So wird z. B. dem B, der dem A die bei ihm bestellte Dreschmaschine wegen fehlerhafter Konstruktion zurückzustellen berechtigt ist, außer der Nichtigkeitsklage auch noch eine Forderung auf Ersatz der für den Transport der Maschine gehabten Auslagen zustehen.

5) Z. B. mittelst einer Eigenthums- oder einer Erbschaftsklage.

6) Z. B. A verkauft ein Grundstück, für dessen Eigenthümer er sich hält, dem B und dieser veräußert es dem C. Nun fordert D, welcher der wahre Eigenthümer des Grundstücks zu sein behauptet, dasselbe von C heraus. Letzterer kann sich alsdann an B als seinen Gewährsmann halten; allein dieser ist mittlerweile in Konkurs gerathen. In solchem Fall soll zufolge obiger Bestimmung, da dem B hinwieder das Rückgriffsrecht auf A zustünde, C berechtigt sein, sein Rückgriffsrecht an der Stelle des B direkt geltend zu machen. Es ist dies eine Ausnahme von der Regel, daß sich der Gewährsberechtigte nur an seinen Vormann halten kann; und zwar wird hiebei eine Zession des dem B gegen A zustehenden Rückgriffsrechtes an C von Gesetzeswegen angenommen (fingirt). Vgl. soloth. Ges. § 1049.

Anmerk. Unsere älteren Urkunden enthalten zahlreiche Beispiele einer ausdrücklichen Uebernahme der Gewährspflicht (gewöhnlich wird hiebei versprochen „guot war" oder „wer", in lateinischem Text wohl auch „warandor" zu sein oder zu „warentare"). So beim Verkauf eines Zehntens durch Walther v. Vaz an das Kloster v Salem (zwischen Anno 1213 u. 1222), beim Verkauf eines Hauses von Joh. v Schauenstein an das Kloster St. Luzius (21. Juli 1326) u s. w (S. Mohr Cod. dipl. I. Nr. 241, II. Nr. 203, 254, 320). Häufig wurden auch Gewährsmänner („Mitwären") gestellt (z. B. Mohr Cod. dipl. Nr. 27). Eine allgemeine (nicht blos auf den Kauf beschränkte) Währschaftspflicht scheint das Obervazer L. B. (das sie auf den Zeitraum von 12 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen einschränkt) gekannt zu haben. Von einer Währschaftspflicht bei Kaufverträgen sprechen das Davoser und das Klosterser L. B., welches letztere sich folgendermaßen ausdrückt: „welcher dem andern in einem Markt, es wäre ligend Gut, Roß, Vieh und anderen, welcherlei das sein möchte, mehr und anderst fürgebe, dann sich hernach befunde, und ihn also gefahrlich übermarktete, dem ist das Recht vorbehalten und soll ihm Wandel geschehen, nach Gerichts Erkanntnuß." Ferner die Stat. v. Fürstenau u. O. sagen: „Item wan einer ein guth verkaufft mit freyheiten und darnach sich solche freyheiten nicht befinden, soll der da kauft hat die wahl haben, den kauff leydig zu wissen oder den verkauffer umb daß da hinder sich geht."

2. Viehwährschaft. 1)

1) Im Großen Rathe waltete eine einläßliche Diskussion darüber, ob überhaupt Bestimmungen über die Viehwährschaft in das Gesetzbuch aufzunehmen seien, indem von Seite der Opponenten geltend gemacht wurde, daß dieselben nur Anlaß zu Streitigkeiten geben und daß ein wirkliches Bedürfniß danach keineswegs bestehe. Namentlich berief man sich hiebei auf die Erfahrungen, die in dem ehemaligen obern Bunde gemacht wurden, indem derselbe seine früheren Bestimmungen über Viehwährschaft s. Z. beseitigte ohne irgend welche nachtheilige Folgen davon zu verspüren, gegentheils habe man sich dabei sehr wohl befunden. Hiegegen wurde aber zu bedenken gegeben, daß schon die allgemeinen Grundsätze über Währschaftspflicht die Anwendung derselben auf Vieh nicht ausschließen, daher Streitigkeiten über Viehwährschaft weit eher vorauszusetzen seien, wenn darüber keine besondere Bestimmungen aufgenommen würden; daß ein Stück Vieh, besonders ein Pferd, oft ein so bedeutendes Kapital repräsentire, daß es nicht zu rechtfertigen wäre, hiefür jede Währschaftspflicht auszuschließen und daß endlich letzteres dem Kredit unseres Viehhandels nach anderen Kantonen der Schweiz (denn über die schweizerische Grenze hinaus soll sie ohnehin nicht gelten) sehr nachtheilig werden dürfte. Auf Antrag einer sehr zahlreichen großräthlichen Kommission wurde sodann zwar die Aufnahme besonderer Bestimmungen über die Viehwährschaft gutgeheißen, zugleich aber beschlossen, die von dem Entwurf beantragten in mehreren Punkten im Sinne der Einschränkung der Währschaftspflicht zu modifiziren. — Der Entwurf hatte sich möglichst an das zwischen mehreren Kantonen abgeschlossene „Konkordat über Bestimmungen und Gewähr der Viehhauptmängel" angeschlossen.

§ 345.

Gewährsmängel.

Als Mängel, für welche bei entgeltlicher Uebertragung von Eigenthum an Vieh, [1]) besondere Abreden verbehalten, [2]) jedoch nur während 20 Tagen [3]) von dem Vertragsabschlusse an, so gewährleistet werden muß, daß dieselben die Rückgängigkeit (Wandelung) des Vertrages begründen, gelten:

1) Bei Thieren aus dem Pferdegeschlecht (Pferden, Eseln und Maulthieren): Dampf, Rotz, Still- oder Dummkoller.

2) Bei Rindvieh: Perlsucht oder sog. Finnen, Lungenseuche. [4])

Die Rückgiebigkeit findet nicht Statt, wenn der Gegenbeweis geführt wird, daß obige Krankheiten zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bestanden. [5])

Die Währschaftspflicht hört auch vor Ablauf der Währschaftszeit auf, sobald das betreffende Thier die Grenzen des Kantons überschritten hat, es wäre denn, daß der Kanton oder Staat, wohin dasselbe geführt wird, dem hiesigen Kanton Gegenrecht hält, [6]) in welchem Fall die Währschaftspflicht bis zum Ablauf der gesetzlichen Währschaftszeit fortdauert.

[1]) Also beim Kauf und Tausch.

[2]) Wenn der Verkäufer oder Vertauscher sich zu einer weitergehenden Währschaft verpflichtete, so versteht es sich, daß er dabei behaftet bleibt. Sonst aber erstreckt sich beim Kauf und Tausch von Vieh die Währschaftspflicht nicht weiter als von den nachfolgenden Bestimmungen vorgesehen ist.

[3]) Das oberwähnte Konkordat stellt diese Frist ebenfalls auf 20, für die Lungenseuche aber auf 30 Tage. Der Entwurf hatte 30 Tage für alle Hauptmängel beantragt.

[4]) Als rückgiebige Krankheiten waren in dem Entwurf (im Wesen übereinstimmend mit dem zitirten Konkordat) aufgeführt:

Bei Rindvieh, Pferden, Eseln und Maulthieren: Entartung von Organen der Kopf-, Brust-, und Hinterleibshöhle (wie namentlich Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbildung, Wasserblasen im Gehirn, sog. Salzschaden u. s. w.).

Bei Rindvieh insbesondere: ansteckende Lungenseuche.

Bei Thieren aus dem Pferdegeschlecht insbesondere: Dampf, verdächtige Druse, Rotz und Hautwurm, Still- oder Dummkoller."

Da der Rotz und Hautwurm nur verschiedene Arten der nämlichen Krankheit sein sollen, wird es sich fragen, ob nicht der Hautwurm, ungeachtet er von dem Großen Rath gestrichen wurde, dennoch als rückgiebig anzusehen sein wird.

[5]) Wenn also der Verkäufer eines Pferdes, das ihm von dem Käufer wegen Dampfes zurückgestellt werden will, z. B. sollte beweisen können, daß das Pferd erst im Besitze des Käufers, etwa in Folge einer heftigen Erkältung, dämpfig geworden sei, so würde er von der Währschaftspflicht befreit. Es wird jedoch dieser Gegenbeweis selten rechtsgenügend zu führen sein.

[6]) Im Entwurf hieß es (wie im § 5 des zit. Konkord.): „für Thiere, welche vor Ablauf der Währschaftszeit nach dem Auslande geführt werden, dauert diese Währschaftspflicht nur so lange, als dieselben die Grenzen der Eidgenossenschaft nicht

überschritten haben." Obige von dem Gr. Rath beschlossene Fassung ist nun zwar gegenüber andern schweizerischen Kantonen wohl am Platz, dürfte aber gegenüber den fremden Staaten, in welche der Hauptabsatz unseres Viehs stattfindet (wie namentlich Italien) verfänglich werden, sobald man dort sich geneigt erklärte, uns gegenüber Gegenrecht zu halten.

Anmerk. Die meisten unserer Statuten sprechen, wenigstens mit Rücksicht auf das Rindvieh, nur von der Finnigkeit als von einem rückgiebigen Gewährsmangel (vgl. Anmerk. zu § 347); einzelne jedoch auch von dem Salzschaden (wie die Fürstenauer Stat., welche bestimmen, daß, wenn der Verkäufer davon wußte, er den Schaden allein, sonst zur Hälfte tragen soll). Im X. Ger. Bund wurde im J. 1790 jede Währschaft für den Salzschaden (einer Krankheit, die sich häuptsächlich in einer Entzündung der Gedärme äußert) beseitigt. In Untertasna und Remüs galt aber auch 1 bis 3 Monate Gewährleistung: per stuorn, balbaröt, lavrusia, la guotta e per armaint fera". Im Oberhalbstein hatte derjenige, der Vieh verkaufte oder an Zahlung gab, sogar „um aller Viehkrankheit underzustehen" 3 Mon. lang, ausgenommen „umb Galligsviehkrankheit, wann ein Khuo ein Horn verloren und um das Malnair genannt." Die Bergüner Stat. schrieben auch Gewährleistung für Kleinvieh vor. Am weitesten gingen die Poschiaver Stat. in Bestimmung der Rückgiebigkeit, indem sie für rückgiebig erklärten „porci gramignosi, bove o vacche morbose, e pecore marcie o difettate". Endlich galt nach dem Klosters. L. B. Rückgiebigkeit auch des „als tragend erhandelten" Stück Viehs, wenn es innert 3 Wochen „läufig" wurde. Einläßlicher bestimmten verschiedene Statuten die Gewährsmängel für Pferde. So diejenigen von Chur (Rotz, Dampf, Mönigkeit, Stetigkeit — Währschaftszeit 3 und 6 Mon.), von Oberengadin (die nämlichen Mängel nebst Barmenbeißen, Währschaft 1 Mon.), diejenigen von Poschiavo (auch alte Fußfehler und Herzpochen, Währschaft 1 Mon.). Nach dem Klosterser L. B. galt Gewährleistung allgemein für „alle Presten", die einem Pferd oder dessen Käufer Schaden brächten und dem Käufer von dem Verkäufer nicht offenbart wurden.

§ 346.

Verfahren bei Gewährsmängeln.

Wenn der Uebernehmer eines Thieres wegen eines an demselben zum Vorschein gekommenen Gewährsmangels den Gewährsmann in Anspruch nehmen will, so hat er innert der Währschaftszeit denselben oder, zu dessen Handen, den Gemeindsvorstand oder das Kreisamt davon in Kenntniß zu setzen, und jenem das Thier zur Verfügung zu stellen. Anerkennt dieser die Gewährsmängel, beziehungsweise die Rückgiebigkeit des Thieres nicht sofort [1]) oder ist Gefahr im Verzug, so hat der Uebernehmer bei dem Kreisamte eine Untersuchung des Thieres durch einen oder mehrere Experten [2]) nachzusuchen.

Die Untersuchung muß, wenn sie rechtliche Wirksamkeit haben soll, jedenfalls noch innert 25 Tagen nach dem Vertragsabschluß stattfinden. [3])

Erklären die Experten zu Abgabe eines bestimmten Gutachtens die Tödtung des Thieres für nöthig, so kann der Gerichtspräsident auf Ansuchen des Regreßbegehrenden dieselbe bewilligen, nachdem er jedoch dem Gewährspflichtigen, wenn thunlich, davon Kenntniß gegeben. [4])

Ein im lebenden Zustand untersuchtes Thier ist, wenn es innert

der gedachten 25 Tage umstehen oder polizeilich getödtet werden sollte, nochmals zu untersuchen.

Die Befunde der Experten sind auch dem Gewährsmann mitzutheilen.

Nach angehobenem Rechtsstreite kann der Richter auf Begehren der einen oder andern Partei die öffentliche Versteigerung des Thieres anordnen [5]) und den Erlös bis Austrag der Sache in Verwahrung nehmen.

[1]) Für die Erklärung des Gewährspflichtigen setzt das Konkordat (§ 7) eine zweitägige Frist fest, die aber je nach Umständen zu lang oder zu kurz, jedenfalls aber überflüssig ist.

[2]) Das Konkordat verordnet (§ 8 u. 9) die Untersuchung durch zwei Thierärzte und, wenn diese in ihrem Gutachten nicht einig gingen, auch noch durch einen Dritten. Im letzteren Falle soll dann auch noch die Medizinalbehörde um ein Obergutachten angegangen werden. Diese Bestimmung wäre in unserm Kanton, der so wenige patentirte Thierärzte besitzt, geradezu unausführbar — Durch den Ausdruck „Experten" sind zwar nicht nothwendig patentirte Thierärzte gefordert, immerhin wird man gut thun, wenn immer möglich, wenigstens Einen patentirten Thierarzt beizuziehen, um späteren Einwendungen der Parteien gegen die Zulässigkeit der Expertise möglichst zu begegnen. Die Bezeichnung der Experten kommt übrigens ausschließlich dem Amt zu.

[3]) Das Konkordat verlangt, daß auch die Untersuchung innert der Währschaftszeit von 20 bez. (bei der Lungenseuche) 30 Tagen stattfinde. Nun ist allerdings nöthig, daß auch für die Untersuchung eine, möglichst kurze, Frist festgesetzt werde, denn durch eine lange hinausgeschobene Untersuchung könnte die Währschaftszeit ganz umgangen oder werthlos werden, indem man, je länger die Untersuchung verschoben würde, um so mehr der Sicherheit verlustig ginge, daß die aufgefundenen Hauptmängel schon vor Uebergabe des Thieres vorhanden waren. Die Einräumung einer kurzen Frist (eines tempus utile) nach Ablauf der Währschaftszeit zu Vornahme der Untersuchung ist aber unerläßlich, denn wie wäre letztere noch möglich, wenn das Gesuch des Regreßberechtigten erst in der letzten Stunde der Währschaftszeit noch einginge! Und in welches Gedränge könnten unter Umständen die Aemter gebracht werden! Bedenkt man aber, wie schwer es in manchen Gegenden unseres Kantons fallen mag, einen Thierarzt schnell zu requiriren, so dürfte jenes tempus utile von 5 Tagen (der Entwurf hatte 10 beantragt) kurz genug sein.

[4]) Die Kenntnißgabe an den Regreßpflichtigen ist wünschbar theils um demselben, bevor die Tödtung erfolgt, noch Gelegenheit zu geben, sich mit dem Regreßberechtigten zu verständigen, theils um ihm Anlaß zu geben, der Tödtung und Untersuchung selbst beizuwohnen. Die Tödtung selbst wird er, nachdem dieselbe von den Experten beantragt und von dem Gerichtspräsidenten angeordnet ist, nicht hindern können. Sollte freilich zu dieser Kenntnißgabe an den Regreßpflichtigen keine Zeit mehr sein (weil letzterer etwa abwesend und die Nothfrist am Ablaufen ist), so wird sie unterbleiben. — Die Tödtung erfolgt natürlich auf Wug und Gefahr derjenigen Partei, die im Rechtsstreite unterliegen wird.

[5]) Die Veräußerung des Thieres wird meist nöthig werden, damit dessen Werth nicht im Verlauf des Prozesses durch die Futterkosten ganz oder theilweise aufgezehrt werde (damit es „sich nicht selbst auffresse", wie man zu sagen pflegt). Die Regreßklage wird übrigens selbstverständlich regelmäßig an dem Wohnort des Beklagten geltend zu machen sein, während die Untersuchung des Thieres, da es sich hiebei blos um die Konstatirung einer Thatsache handelt, auch am Wohnort des Regreßlustigen wird erfolgen können

Anmerk. Ueber das Verfahren bei Gewährsmängeln lebender Thiere (wenn es sich nicht um finniges Fleisch handelte) enthielt das Klosterser L. B. die Bestim-

mung, daß, „wenn einer ein Roß, Rind oder anderes, was es sein mag, kauft hätte und er vermeint Ursach zu haben, wieder zu geben", er es dem Verkäufer selbst oder „durch einen guten Fründt" und wenn er es nicht annehmen will, durch 2 Geschworne „anbieten" und wenn er es auch dann „nicht empfahen" wollte, es „hinter Recht stellen" und „um Recht ansuchen" solle.

§ 347.

Gewähr für finnig befundenes Schlachtvieh. [1])

Wenn Rindvieh oder Schweine innert 40 Tagen nach dem Verkauf geschlachtet und finnig befunden werden, so hat der Verkäufer dem Käufer den Minderwerth des Fleisches zu vergüten. [2])

Bei waltendem Streit entscheidet der laut Art. 140 der Sanitätsordnung in jeder Gemeinde aufgestellte Viehaufseher sowohl über das Vorhandensein der Krankheit, als über den Betrag der zu leistenden Entschädigung, zu welchem Behuf er, wenn nöthig, noch einen zweiten Experten beiziehen mag. [3])

Wer wegen finniger Beschaffenheit solcher geschlachteter Thiere den Regreß an den Gewährsmann nehmen will, hat die Krankheit für den Fall, daß sie von dem Gewährspflichtigen nicht anerkannt würde, durch einen amtlich bestellten Experten konstatiren zu lassen.

[1]) Dieser und der folgende Artikel beschlägt die geringeren, d. h. keine Rückgiebigkeit, sondern nur eine Entschädigungsforderung begründenden Gewährsmängel.

[2]) Das Konkordat läßt eine Entschädigungsforderung für Minderwerth des Fleisches nur zu Gunsten von Mezgern zu, denen der Verkauf des Fleisches ganz oder theilweise polizeilich verboten wurde, in soweit aber ohne Unterschied, ob es durch Finnen oder durch eine andere Krankheit, entwerthet worden (§ 17). Bei der Fassung obiger Bestimmung ließ man sich durch die doppelte Rücksicht leiten, daß einestheils eine Entschädigung für entwerthetes Fleisch eben sowohl andern Privaten als den Mezgern gebühre, anderntheils aber die Währschaftspflicht im Interesse des Verkehrs möglichst einzuschränken sei, und zwar:

a) indem einzig Finnen (Tuberkeln), welche theils am häufigsten vorkommen, theils in der Regel längere Zeit zu ihrer Entwicklung bedürfen, als Gewährsmängel zugelassen wurden;
b) indem die Gewährspflicht blos beim Kauf festgestellt wurde, weil sie bei diesem am dringendsten ist und sich bei demselben die Entschädigung am sichersten bemessen läßt;
c) indem die Währschaftszeit, die freilich länger als für Hauptmängel sein darf, auf 40 Tag (nach dem ursprünglichen Entwurf auf 60 Tage) beschränkt wurde.

[3]) Im Kommissionsentwurf war, um daherige Anstände möglichst kurz abzuschneiden, nach dem Vorgange anderer Kantone, die zu leistende Entschädigung, ohne weitere Schätzung, für alle Fälle auf $1/3$ und beim Schweinefleisch auf $2/3$ des Kaufpreises festgesetzt worden. Die jeweilige Schätzung des Minderwerthes ist aber der Gerechtigkeit angemessener. — Obige Fassung des 347 rührt von der erwähnten Großrathskommission her. Es stimmen aber der 2te und der 3te Absatz offenbar nicht recht zusammen.

§ 348.

Gewährleistung für unrichtige Angabe des Kälberns.

Wer ein trächtiges Stück Rindvieh mit Angabe des Zeitpunktes, auf welchen es kälbern soll, einem Andern mittelst entgeltlichen Ver-

trages übergibt, hat dafür in der Weise Gewähr zu leisten, daß er, wenn der Wurf mehr als 21 Tage nach dem angegebenen Zeitpunkt erfolgt, für jeden Tag eine Entschädigung von 50 Rp. zu leisten hat, und zwar von dem beim Vertragsabschluß angegebenen Zeitpunkt des Kälberns an bis und mit dem Tage des Wurfes.

Bei Thieren, welche außer den Kanton geführt werden, gilt bezüglich der Gewährleistung für rechtzeitiges Kälbern ebenfalls der Grundsatz des Gegenrechts (§ 345).

1) Diese Bestimmung entspricht dem früheren Kantonsgesetz vom 20. Okt. 1825. Sie kann ihre Anwendung finden nicht nur auf Kauf- und Tauschverträge, sondern auch auf Viehpachten.

Einschlagende Bestimmungen finden sich auch in den Stat. von Untertasna, Bergün, Oberhalbstein (mit Vergutung von 1 Batzen oder 4 kr. per Tag).

3. Gewährleistung für Forderungen.

§ 349.

Gewährleistung für deren Begründetheit und Güte.

Der Abtreter einer Forderung (§ 355) leistet, wenn es die Natur des Geschäftes oder besondere Abreden nicht anders mit sich bringen, blos Gewähr für deren Begründetheit (Aechtheit und Klagbarkeit), nicht aber für deren Güte d. h. für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. 1)

Selbst für die Begründetheit der Forderung haftet der Abtreter nur bis auf den Betrag, den er von dem Uebernehmer empfing. 2)

Für die Güte der Forderung haftet der Abtreter, wenn er dafür die Gewähr übernommen hat, nur unter der Voraussetzung, daß der Uebernehmer nicht durch eigene Schuld zu Verlust gekommein sei. 3)

1) Wenn z. B. A dem B eine Schuldforderung von Fr. 1000, die er gegen C hat, abtritt, und C ist dieselbe nicht kanntlich, so wird B, indem er gegen C das Recht anzieht, den A, als seinen Gewährsmann ins Recht rufen können und, wenn der Prozeß zu Gunsten des C entschieden würde, gegenüber A zum Rückgriff berechtigt sein. Sollte dagegen C zwar die Forderung kanntlich, aber außer Fall sein, ihr zu entsprechen, so steht dem B hiefür kein Rückgriff auf A zu, es wäre denn, daß letzterer auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (oder für die Güte der Forderung) eine Gewährspflicht übernommen hätte. Das Nämliche gilt nach röm. R. (Thibaut § 4‑3); wogegen das österr. Ges. (§ 1397) den Zedenten auch für die „Einbringlichkeit" der Forderung haftbar macht.

Vorausgesetzt wird aber auch nach obiger Bestimmung, daß die Forderung klagbar sei. Wenn daher der Schuldner (debitor cessus) mittlerweile sich, ohne daß man weiß wohin, flüchtig gemacht oder gegen die Voraussetzung des Zessionärs, sich in einem Lande befindet, in dem er, der Entfernung wegen unbelangbar erscheint, so dürfte in solchem Falle der Zedent wohl als regreßpflichtig angesehen werden. Es kommt hiebei wohl auf die besondere Beschaffenheit des Falles und auf die stillschweigende Voraussetzung der Kontrahenten an. — Es versteht sich, daß selbst die Gewährspflicht für die Begründetheit der Forderung alsdann nicht anzunehmen ist, wenn der Zedent sich derselben ausdrücklich entschlug oder aus den Umständen (aus

der Natur des Geschäftes) hervorgeht, daß zufolge Voraussetzung der Kontrahenten derselbe von jeder Regreßpflicht befreit sein sollte. Der Fall einer eigentlich betrügerischen Vorgabe einer nicht bestehenden Forderung bleibt natürlich auch dann vorbehalten. Von der eigentlichen Zession (Abtretung) einer Forderung ist sowohl die Anweisung (§ 359) als auch der Fall wohl zu unterscheiden, in welchem Einer einen Andern blos zur Eintreibung ermächtigt.

[2]) Wenn also A die Forderung von Fr 1000, die er angeblich gegen C hat, dem B für Fr. 500 abtritt und es zeigt sich daß A eine solche Forderung gegen C gar nicht besitzt, so würde A dem B blos die von ihm empfangenen Fr. 500, nicht Fr. 1000, als den angeblichen Betrag der abgetretenen Forderung, zu ersetzen haben.

[3]) Z. B. dadurch, daß er den Schuldner lange nicht betrieb, so daß dieser, der zur Zeit der erfolgten Abtretung noch zahlungsfähig gewesen wäre, mittlerweile in Konkurs geräth.

C. Erfordernisse zur Klage wegen mangelhafter Erfüllung.

§ 350.

Nichtgenehmigung.

Wegen mangelhafter Erfüllung und wegen Gewährleistung kann von dem Berechtigten nur unter der Voraussetzung geklagt werden, daß er die Leistung, nachdem er ihre Mängel kannte, weder ausdrücklich noch thatsächlich gutgeheißen habe. [1])

Um sich gegen daherige Rechtsnachtheile zu sichern und zugleich den Beweis der mangelhaften Leistung desto eher zu erstellen, kann der Empfänger den Zustand des Vertragsgegenstandes, wenn dessen Natur es gestattet, amtlich konstatiren lassen, und je nach Umständen, unter unverzüglicher Anzeige an den Pflichtigen, in gerichtlichen Gewahrsam geben oder sonst demselben zur Verfügung stellen. [2])

[1]) Z. B. indem er die nicht vertragsgemäß gelieferte Arbeit, ungeachtet er sie gesehen und geprüft hat, bezahlt oder die gelieferte Waare, nachdem er ihre vertragswidrige Beschaffenheit gekannt, verwendet oder weiter veräußert.

[2]) Es ist dieses Verfahren zwar nicht eine nothwendige Bedingung für die Klage, aber mindestens sehr zweckdienlich und auch der Uebung entsprechend. Namentlich ist hinsichtlich der Währschaftsklage nicht zu übersehen, daß dieselbe den Beweis voraussetzt, daß die Sache in ihrem fehlerhaften Zustande dem Empfänger übergeben wurde. Deutsche Rechtsgewohnheiten sind sogar geneigt, die Währschaftsklage nicht mehr zuzulassen, wenn der Käufer die Waare 3 Tage bei sich bewahrt hat ohne Einsprache zu erheben. Jedenfalls wird man es mit Kaufleuten in dieser Beziehung im Allgemeinen strenger nehmen, da von ihnen mehr Pünktlichkeit und Fleiß in Prüfung der Waare und Wahrung ihrer Interessen verlangt werden darf.

§ 351.

Verjährung.

Die Klage auf Erfüllung wegen mangelhafter Leistung, beziehungsweise auf Schadenersatz, sowie diejenige auf Gewährleistung, mit Ausnahme der Viehwährschaftsklage (§ 345—348), erlischt mit dem Ablauf eines Jahres [1]) nachdem die Mängel der Leistung dem Berechtigten bekannt wurden. [2])

[1]) Nicht nur erheischt der Verkehr möglichst baldige Vereinigung der Vertragsverhältnisse, sondern es läßt sich aus einem längern Stillschweigen des Berechtigten, nachdem ihm die ungenügende Beschaffenheit der Leistung bekannt geworden, mit Recht eine Billigung derselben folgern. Es haben daher für Währschaftsklagen alle neueren Gesetze kurze Verjährungsfristen. Nicht nur gehen sie aber hinsichtlich der Länge dieser Fristen (von 30 Tagen bis zu 3 Jahren), sondern auch darin sehr auseinander, daß die einen verschiedene Fristen für bewegliche und unbewegliche Gegenstände anberaumen, die andern nicht; daß die einen die Frist schon von dem Vertragsabschlusse an, die andern erst von der Kenntniß der Gewährsmängel an laufen lassen und endlich noch andere (wie das zürcher'sche) sowohl diese relative als jene absolute Frist haben. Derselbe Rechtsgrund, welcher für eine kurze Verjährungsfrist mit Bezug auf die Währschaftsklage spricht, gilt aber offenbar auch hinsichtlich der Klage auf Erfüllung einer fehlerhaften Leistung, zumal die Währschaftsklage im Grunde nichts anders als eine Gattung der Erfüllungsklage ist.

[2]) Wenn z. B. dem B ein Grundstück von C entwehrt wird, das er (B) vor 10 J. von A kaufte, so kann er innert Jahresfrist seinen Rückgriff auf letzteren nehmen, vorausgesetzt, daß die Entwehrung (Eviktion) in einem schon vor Uebernahme des Grundstückes bestandenen Rechtstitel begründet ist.

Ob und wann die Mängel der Leistung dem Berechtigten bekannt wurden oder bekannt werden mußten, wird oft wohl nur aus den Umständen zu erweisen sein. Man wird in dieser Beziehung dem richterlichen Ermessen einigen Spielraum gewähren müssen.

V. Mehrheit der Vertragspersonen.

---

§ 352.

Verschiedene Arten dieses Verhältnisses.

An einem Vertragsverhältnisse können sich sowohl mehrere Berechtigte als mehrere Verpflichtete betheiligen, und zwar entweder:

1. so, daß jeder der Mitberechtigten oder Mitverpflichteten nur auf einen Theil der Leistung ein Recht erwirbt oder eine Verpflichtung übernimmt; in welchem Falle die Theilforderungen oder Theilschulden, abgesehen von den prozessualischen Grundsätzen über Streitgenossenschaft (§ 43 der Zivilprozeßordnung), wie selbständige Rechte oder Verpflichtungen zu beurtheilen sind; [1]) oder
2. so, daß sei es mehrere Berechtigte gemeinschaftlich und ungetheilt ein Recht erwerben oder mehrere Verpflichtete gemeinschaftlich und ungetheilt eine Leistung übernehmen; [2]) sei es von mehreren Mitberechtigten jeder das Recht auf die ganze Leistung erwirbt, oder von mehreren Mitverpflichteten jeder die Pflicht zur ganzen Leistung übernimmt. [3]) In allen diesen Fällen entsteht ein Solidar-

verhältniß, d. h. eine Solidarberechtigung (Solidarforderung) oder eine Solidarverpflichtung (Solidarschuld).[4])

Die Solidarverpflichtung muß stets erwiesen werden,[5]) mit Vorbehalt der Fälle, in welchen sie in dem Gesetz begründet ist.[6])

[1]) a. Wenn A, B und C, welche an einem Hause zu je $1/3$ betheiligt sind, das Haus, beziehungsweise ihre Antheile an demselben in einem gemeinschaftlichen Instrument an D um den Preis von Fr. 3000 für jeden Drittel, somit im Ganzen um Fr. 9000 verkaufen, so erwirbt dadurch jeder der Verkäufer, da er nur seinen ideellen Drittels-Antheil veräußert, nur ein Recht auf den dritten Theil der gesammten Kaufsumme; kann also jeder von ihnen den D um Bezahlung von nur Fr. 3000, nicht aber von Fr. 9000 belangen, d. h. die Forderung eines jeden der drei Verkäufer gegenüber D ist als eine selbständige zu beurtheilen und es besteht also zwischen A, B und C kein Solidarverhältniß. Wohl aber können A, B und C den Käufer D, wenn dieser seiner Verpflichtung nicht nachkommen sollte, zufolge § 43 der Z. P. O. als Streitgenossen gemeinschaftlich belangen, da ihre Forderungen auf dem nämlichen Rechtsgrunde, nämlich auf dem gemeinschaftlichen Hausverkaufe beruhen.

b. Wenn die Erben A, B und C die Erbschaft des D bedingt angetreten haben und es meldet sich erst nach Ablauf des Rechnungsrufes der Gläubiger E mit einer Forderung von Fr. 900, so kann er (immerhin nur bis auf den Belauf des Inventars) keinen der Erben für die ganze Schuld, sondern einen jeden nur für sein Betreffniß, also für Fr. 300, belangen (s. § 479). Es besteht also zwischen den Erben kein Solidarverhältniß, wohl aber sind alle aus dem nämlichen Rechtsgrund verpflichtet.

[2]) a. Wenn z. B. A und B gemeinschaftlich dem C ein Darlehen von Fr. 1000 machen, ohne dabei zu erklären, daß ein jeder von ihnen nur zu einem bestimmten Theile an dem Darlehen betheiligt sei, so würden dieselben gegenüber dem C solidarisch berechtigt, indem sie die aus dem Darlehen erwachsene Forderung „gemeinschaftlich und ungetheilt" erwarben.

b. Wenn A und B gemeinschaftlich bei C ein Anlehen von Fr. 1000 machen und den Schuldschein gemeinschaftlich und ohne Vorbehalt als Schuldner des Darlehens unterschreiben, so werden dadurch A und B gegenüber dem C solidarisch verpflichtet, indem sie miteinander „gemeinschaftlich und ungetheilt" eine Leistung (nämlich die Rückzahlung des Darlehens) übernehmen.

[3]) a. Wenn ferner das Grundstück X zu Gunsten des jenseits des Baches liegenden Grundstücks Y mit der Reallast beschwert ist, einen über diesen Bach führenden Steg unterhalten zu müssen, und das Grundstück Y wird durch Erbschaft oder Kauf zwischen A, B und C getheilt, so erhält damit ein jeder dieser letzteren gegenüber dem Besitzer des Grundstückes X das Recht auf die Unterhaltung des Stegs, also das Recht auf die ganze Leistung; A, B und C sind somit gegenüber jenem solidarisch berechtigt.

b. Wenn A sich gegenüber dem C als Schuldner von Fr. 1000 bekennt und B den nämlichen Schuldschein als Bürg und Zahler für die nämliche Summe mit unterschreibt, so werden dadurch A und B solidarisch verpflichtet, indem sowohl A als B „die Pflicht zur ganzen Leistung" d. h. zur Bezahlung der ganzen Fr. 1000 übernimmt.

[4]) Ueber die sehr kontroversen Korreal- und Solidarverhältnisse des röm. R. s. Wangerow Leitf. IV pag. 64—101. Das zürch. Ges. (§ 935) hat die erste Kategorie der oben sub. Ziff. 2 erwähnten Fälle (s. Note 2 a und b) als „Gesammtberechtigung" und „Gesammtverpflichtung" von der zweiten Kategorie (s. Note 3 a und b), die als „Solidarberechtigung" und „Solidarverpflichtung" bezeichnet wird, in der Weise unterschieden, daß von den Gesammtverpflichteten zunächst jeder nur für seine Theilschuld, in zweiter

Linie aber jeder subsidiär (gleichsam als Bürge) für die andern haftet. Den nämlichen Grundsatz enthält auch der *Code Nap.* mit Bezug auf Solidarverpflichtungen mehrerer Bürgen (s. Note 5 zu § 397).

5) Weil sie ein, zudem für den Schuldner beschwerliches, Ausnahmsverhältniß ist. Vgl. *Code Nap.* § 1202.

6) Z. B. die Solidarpflicht der Mitvormünder (§ 121), der Grundlastpflichtigen (§ 272) und der Erben (§ 477).

§ 353.

Solidarberechtigung.

Solidarberechtigte können in der Regel nur gemeinschaftlich den Verpflichteten auf Erfüllung belangen. 1) Ausnahmsweise kann auch nur Einer von ihnen, wenn die Uebrigen nicht mithalten wollen oder können, den gemeinschaftlichen Schuldner belangen, jedoch nur auf sein (des Klägers) Theilrecht (pro rata), sofern die Leistung theilbar ist; 2) sollte sie aber nicht theilbar sein, nur dann auf das Ganze, wenn er den Verpflichteten den übrigen Mitberechtigten gegenüber genügend sicher stellt. 3)

In diesem letzteren Falle ist der den Schuldner belangende oder die Leistung empfangende Gläubiger den übrigen Mitberechtigten, und zwar jedem für sein Theilrecht, Rechenschaft schuldig und, so weit er ohne Auftrag handelte, verantwortlich. 4)

Der Schuldner kann den ihn gemeinschaftlich belangenden Solidarberechtigten Einreden, die er gegen einzelne derselben hat (z. B. die Kompensation), nur so weit entgegenhalten, als deren Theilrecht reicht; sollte aber die Leistung untheilbar sein, so kann er sie gar nicht geltend machen. 5)

Ein von einem Mitberechtigten ohne Vollmacht der übrigen an den Verpflichteten gemachter Nachlaß oder mit ihm getroffener Vergleich gilt bei theilbaren Leistungen nur für die Person und das Theilrecht des ersteren, bei untheilbaren gar nicht. 6)

Im Zweifel wird angenommen, daß die Solidargläubiger zu gleichen Theilen mitberechtigt seien. 7)

1) Demnach werden in den in Note 2 a und 3 a zu § 352 erwähnten Fällen die solidarisch verbundenen Darlehner und Realberechtigte in der Regel nur gemeinschaftlich den Schuldner bez. den Realpflichtigen zur Erstattung des Darlehens bez. zum Unterhalt des Stegs anhalten können.

2) Demnach könnte in dem Falle von Note 2 a zu § 352 A auch nur allein den C aus dem Darlehensvertrag belangen, wenn B seinerseits an dem Prozeß sich nicht betheiligen wollte oder (weil er etwa unbekannt abwesend ist) sich nicht betheiligen könnte. Nur könnte alsdann A nicht etwa auf das ganze Darlehen von Fr. 1000, sondern, da diese Leistung theilbar ist, nur auf die ihm daran zustehende Quote, mithin im Zweifel auf die Hälfte, d. h. auf Fr. 500 klagen. Vorbehalten bleibt hiebei das Anwachsungsrecht des Klägers laut § 44 der Z. P. O.

Nach dem Preuß. L. R. I. 5 § 450—453 können Solidarrechte nur von Solidargläubigern gemeinschaftlich ausgeübt werden.

3) In dem in Note 3 a zu § 352 angeführten Falle würden also z. B. A und

B auch ohne den C, wenn dieser nicht mithalten will oder kann, den Besitzer des Grundstückes X zur Herstellung des von dem Wasser fortgerissenen Stegs anhalten können; nur kann letzterer verlangen, von A und B gegen allfällige Ausstellungen des C an der Konstruktion des Stegs u. s. w. sicher gestellt zu werden.

4) Wenn A und B gemeinschaftlich dem Baumeister C einen Hausbau verdungen haben, so würde A, wenn er dem C das Werk abnähme, nicht nur den B als Miteigenthümer anerkennen und ihm über die Entlastung des C Rechenschaft ablegen müssen, sondern ihm auch, wenn die Abnahme des Werkes ohne dessen Vollmacht erfolgt wäre, für den daherigen Schaden verantwortlich werden, sofern das Haus nicht nach Vertrag erstellt wäre. Nach röm. Recht, das die Solidarverhältnisse starrer auffaßte, konnte der bezahlte Solidargläubiger im Zweifel das Erhaltene für sich behalten und war den Mitgläubigern keine Rechenschaft schuldig.

5) Wenn die beiden solidarisch verbundenen Darlehner A und B den Schuldner C um Erstattung des Darlehens von Fr. 1000 angehen und C hat an A eine liquide Gegenforderung von Fr. 800, so kann C diese nicht etwa in ihrem ganzen Betrage, sondern nur so weit mit dem Darlehen verrechnen, als A an demselben betheiligt ist. Ist dieser zur Hälfte betheiligt, so wird C Fr. 500 kompensiren können, die übrigen Fr. 500 aber bezahlen müssen. (Vgl Savigny O. R. § 18.)

6) Wenn also von den für ein Darlehen von Fr. 2100 zu gleichen Theilen solidarisch berechtigten Gläubigern A, B und C der A dem gemeinschaftlichen Schuldner D sei es durch Schenkung sei es durch Vergleich Fr. 1000 nachläßt, so gilt dieser Nachlaß blos bis auf den Belauf von Fr. 700 (als dem Theilrechte des A), für die übrigen Fr 1400 dagegen bleibt D auch fortan haftbar. — In dem oben in Note 4 erwähnten Falle aber würde ein von A dem Baumeister C an den Bedingungen des Bauakkordes gemachter Nachlaß, da das zu erstellende Haus eine untheilbare Leistung ist, für B völlig unverbindlich bleiben. (Vgl. L. 27 pr. D. de part. 2. 14 u. Savigny O. R. § 18.)

7) Wenn A und B gemeinschaftlich ein Darlehen machen oder ein Werk verdingen, so wird, wenn nichts anderes erhellt, angenommen, es sei jeder zur Hälfte betheiligt.

§ 354.

Solidarverpflichtung.

Im Falle einer Solidarverpflichtung kann jeder der Solidarschuldner das Ganze an den Gläubiger leisten, sowie von diesem für das Ganze belangt werden. 1)

Der Gläubiger behält, wenn der von ihm belangte Solidarschuldner ihn nicht ganz befriedigt, hinsichtlich des Restes seine Rechte gegenüber allen übrigen Solidarschuldnern. 2)

Der beklagte Schuldner kann ihm nur Einreden entgegenstellen, die ihm persönlich, oder, wenn sie übertragbar sind, in Folge Abtretung eines Mitschuldners zustehen oder die er aus dem Vertragsverhältniß geltend machen kann. 3) Vorbehalten bleibt hiebei das Verhältniß der Selbstzahlerschaft (§ 397). 4)

Durch die von einem Soldarschuldner erfolgte Erfüllung werden auch die übrigen befreit.

Dagegen gilt ein von dem Gläubiger einem Solidarschuldner gemachter Nachlaß, wenn die Leistung theilbar ist, im Zweifel nur für dessen Theilpflicht, wenn sie aber nicht theilbar ist, für alle Mitverpflichteten. 5)

Dem Solidarschuldner, der den Vertrag erfüllte, steht im Zweifel der Rückgriff auf die übrigen Mitverpflichteten, und zwar auf jeden für seine Theilschuld, zu.[6]) So weit er aber ohne Begrüßung der Mitschuldner handelte, bleiben den letztern hiebei alle Einreden, die jener versäumte, vorbehalten.[7])

Im Zweifel werden (mit Vorbehalt der Bestimmungen des § 400 über Bürgschaft) alle Solidarschuldner als unter sich zu gleichen Theilen verpflichtet angesehen, so jedoch, daß jeder den Schaden, den er allein verschuldete, auch allein zu ersetzen hat.[8]) Die Theilschuld eines Solidarschuldners, der zu zahlen oder sich zu verpflichten unfähig ist, fällt den übrigen zu gleichen Theilen zu.[9])

[1]) Es kann also sowohl der Hauptschuldner als der Selbstzahler (Bürge und Zahler) oder, wenn mehrere Selbstzahler sind, auch jeder derselben gültig die ganze verbürgte Schuld dem Gläubiger bezahlen und ebenso von dem Gläubiger zu Bezahlung der ganzen Schuld angehalten werden. Doch ist hier nur von einem „Können" des Gläubigers die Rede. Es steht demselben also frei: a) irgend einen Solidarschuldner für das Ganze, oder b) jeden der Solidarschuldner für seinen Theil, insofern die Gesammtschuld in Theilschulden zerlegbar ist; oder endlich c) alle oder mehrere Solidarschuldner gemeinschaftlich für das Ganze zu belangen — letzteres da der Gläubiger ein Interesse daran haben kann, alle Solidarschuldner gleichzeitig kanntlich zu stellen, um nicht verschiedene Prozesse riskiren zu müssen, wobei es sich aber von selbst versteht, daß nach erhaltenem kondemnatorischen Urtheil, der Gläubiger nur einmal das Ganze, dieses aber nach Belieben von dem einen oder andern Schuldner eintreiben kann. Vgl. österr. Ges. § 891 und zürch. Ges. § 940. Nach röm. R. sind nur die Verfahrungsweisen sub. a) und b) zuläßig. S. L. 8 D. de leg. (30 m.), Thib. § 138, Savigny O. R. § 18. Ebenso soloth. Ges. § 982.

[2]) Wenn der Gläubiger A, welchem B Fr 1000 schuldet, dessen Bürgen und Zahler (Selbstzahler) C belangt und von diesem Fr. 400 erhält, so steht ihm noch immer frei, für die übrigen Fr. 600 den Hauptschuldner B oder einen allfälligen zweiten Selbstzahler D zu belangen.

[3]) Wenn A und B sich gemeinschaftlich gegenüber dem C als Schuldner eines Darlehens von Fr. 1000 bekannt und somit solidarisch verpflichtet haben, und C belangt den A um Erstattung des ganzen Darlehens, so darf dieser nicht eine Gegenforderung, die der B gegen C hat, zur Verrechnung bringen, es wäre denn, daß B ihm (dem A) dieselbe förmlich abgetreten hätte (L. 10 D. de d. r. 45. 2: „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet"). Eben so wenig wird sich A mit der Einrede schützen können, daß B zur Zeit als derselbe den Darlehensvertrag einging, handlungsunfähig war (Vgl. *Code Nap.* § 1203.)

[4]) Von dieser Regel macht die Selbstzahlerschaft insofern eine Ausnahme, als zufolge § 397 der Selbstzahler sich gegenüber dem Gläubiger aller derjenigen Einreden bedienen kann, die dem Hauptschuldner persönlich zustehen.

[5]) Wenn der Gläubiger A, welchem B und C ein Darlehen von Fr. 1000 solidarisch schulden, dem B diese Schuld nachläßt, so wird er den C nicht mehr um die ganzen Fr. 1000, sondern nur um denjenigen Theil dieser Summe, für welchen C, wenn er sie bezahlt hätte, den Rückgriff auf B gehabt hätte, im Zweifel also um die Hälfte d. h um Fr. 500 belangen können. — Wenn aber der Bauherr A dem B und dem C gemeinschaftlich einen Hausbau verdingt und er läßt dem C die von den Bauübernehmern eingegangenen Verpflichtungen ganz oder theilweise nach, so gilt, da es sich um eine untheilbare Leistung handelt, dieser Nachlaß auch für C.

[6]) Nach röm. R. mußte der zahlende Schuldner ursprünglich sich vom Gläubi-

ger dessen Rechte gegen die Mitverpflichteten abtreten lassen, später konnte er sich durch eine actio utilis helfen. Das zürch. Ges. § 942 scheint noch eine solche Abtretung zu verlangen. Anders das österr. Ges. § 896 und *Code Nap.* § 1214. Daß übrigens der bezahlende Schuldner von dem Gläubiger die Herausgabe des entsprechenden Titels verlangen kann, versteht sich von selbst (vgl. § 178 und 335).

[7]) Der Solidarschuldner, der eine unstatthafte Forderung des gemeinschaftlichen Gläubigers befriedigt, kann dadurch seine Mitschuldner, insofern er sich an ihnen regressiren will, nicht präjudiziren; es müssen daher letzteren noch immer diejenigen Einreden zustehen, die der zahlende Solidarschuldner versäumte. Um sich den Rückgriff zu decken, wird daher ersterer gut thun, wenn er um die Schuld belangt wird, seine Mitverpflichteten ins Recht zu rufen.

[8]) Wenn von zwei solidarisch verpflichteten Bauunternehmern der eine aus eigener Schuld die übernommene Arbeit verpfuscht, so daß sie neu gemacht werden muß, so ist er gegenüber seinem Mitverpflichteten schuldig, den daherigen Schaden allein zu tragen.

[9]) Z. B. es kontrahiren A, B und C bei D eine Schuld von Fr. 900. D fordert von C Zahlung der ganzen Schuld und dieser leistet sie. Wenn nun C auf seine Mitverpflichteten A und B für deren Quoten, also im Zweifel je für Fr. 300, Rückgriff nehmen will und es zeigt sich, daß A handlungsunfähig war, so müssen B und C dessen Theilschuld gleichmäßig übernehmen, derart, daß jeder von ihnen für die Hälfte der ganzen Schuld, d. h. für Fr. 450 einzustehen und C diesen Betrag, aber auch nur diesen, von B als dessen Theilschuld fordern könnte.

VI. Umänderung der Verträge.

A. In der Person des Berechtigten.

§ 355.

Abtretung (Zession).

Jeder Inhaber eines durch Vertrag erworbenen Rechtes (einer Forderung) kann dasselbe, insofern es nicht seiner Natur nach an dessen Person haftet, [1]) auf einen andern übertragen, unter der Voraussetzung jedoch, daß dadurch die Leistung des Pflichtigen nicht erschwert werde. [2])

[1]) Z. B. die Forderung des Pfrundnehmers gegenüber dem Pfrundgeber.

[2]) Es kann daher der Pflichtige in Folge einer Zession z. B. nicht genöthigt werden, an einem andern Orte zu erfüllen, noch braucht er sich eine theilweise Zession gefallen zu lassen.

§ 356.

Wirkung der Abtretung.

Durch eine gültige Abtretung, mag diese mittelst Vertrages oder von Gesetzes wegen stattfinden, tritt der Uebernehmer der Forderung

(Zessionar) rechtlich in die Stelle des Uebergebers (Zedenten).[1]) Für den Pflichtigen wird die Abtretung erst dadurch verbindlich, daß er von derselben entweder durch den Abtreter oder durch den Uebernehmer in Kenntniß gesetzt wird.[2]) Sobald dies geschehen, wird er gegenüber dem Zedenten befreit und dagegen gegenüber dem Zessionar verpflichtet.

Ist er über die Abtretung im Zweifel, so kann er durch gerichtliche Hinterlegung sich von seiner Verpflichtung befreien.[3])

Der Pflichtige kann dem Zessionar nicht nur die Einreden entgegensetzen, die er ihm gegenüber hat, sondern auch diejenigen, die er gegenüber dem Zedenten hatte.[4])

[1]) Darin liegt selbstverständlich, daß der Zessionar die Klage des Zedenten „nebst Anhängen", aber auch nicht anders als der Zedent selbst geltend machen, somit die Stellung des Pflichtigen in keiner Weise benachtheiligen kann

[2]) So lange der Pflichtige (debitor cessus) von der erfolgten Abtretung nicht in Kenntniß gesetzt ist, kann er noch immer seine Schuld gültig dem Zedenten bezahlen.

Der Zessionar wird daher, wenn er den Pflichtigen von der erfolgten Zession in Kenntniß setzen will, wohl daran thun, für einen Beweis der erfolgten Kenntnißgabe besorgt zu sein, indem er dieselbe von dem Pflichtigen selbst oder von Zeugen oder, wenn die Mittheilung etwa durch das Kreisamt erfolgte, von letzterem bescheinigen läßt.

[3]) Vgl. Note 3 zu § 341.

[4]) Wenn z. B. A an B eine Forderung von Fr. 1000, dieser an jenen eine verrechenbare Gegenforderung von Fr. 600 hat und A tritt seine Forderung an C ab, so kann B gegenüber C für den Betrag von Fr. 600 die Kompensation eben so geltend machen, wie er es gegenüber dem A gekonnt hätte. Es folgt dies schon aus § 355 (Schlußsatz).

Anmerk. Von einer Anzahl unserer Statuten war die entgeltliche Abtretung (der Kauf) von Forderungen in verschiedener Weise beschränkt. Die Statuten von Bivio u. M. und das Obervatzer L. B. erklärten dieselbe nur mit Einwilligung des Schuldners für zuläßig. Nach den Stat. von Remüs war der Käufer einer Forderung nicht berechtigt, dem Schuldner mehr abzuverlangen als er selbst dafür bezahlte. Ebenso nach dem Obervatzer L. B., im Fall der Schuldner sich die Zession gefallen ließ. Nach eben demselben war sogar, wenn der Käufer ein Fremder war, jeder Einheimische gegen Vergutung des von dem Käufer Ausgelegten diesem gegenüber zum Zuge berechtigt. Endlich verpflichteten die Statuten von Ob.tasna den Käufer einer Forderung, bei Verlust der letzteren, den Schuldner innert 1 Jahre von dem Uebergang in Kenntniß zu setzen.

§ 357.

Abtretung von Urkunden auf den Inhaber.

Zur Abtretung von Forderungen, die ausschließlich an den Besitz von Urkunden (Banknoten, Eisenbahnobligationen, Staatspapieren, Aktien au porteur u. s. w.) geknüpft sind, genügt die Uebergabe der betreffenden Urkunde und es finden daher die Bestimmungen der §§ 355 und 356 auf dieselbe keine Anwendung.[1]) Vorbehalten bleiben auch die Grundsätze des Wechselrechtes.[2])

[1]) Es liegt dies in der Natur dieser Forderungen, da dieselben so sehr an der betreffenden Urkunde haften, daß der Besitz der letzteren nothwendig, zugleich

aber auch genügend zu Erwerbung des Rechtes selbst ist, daher es für die Abtretung weder des Beweises der letzteren noch der Anzeige an den Schuldner bedarf. — Bei Abtretung anderer Forderungen ist die Uebergabe der Urkunde blos nöthig, weil sie eine Zubehörde der Forderung ist und zum Beweise der letzteren dient. Zum Beweis der Abtretung wird gewöhnlich letztere von dem Abtretenden auf der Urkunde selbst bescheinigt.

2) Nach Wechselrecht ist das Indossament für den rechtlichen Uebergang der Wechselforderung erforderlich.

B. In der Person des Pflichtigen.

§ 358.

Uebergang der Verpflichtung.

Wenn ein Berechtigter (Gläubiger) an der Stelle seines bisherigen Pflichtigen (Schuldners) einen andern Schuldner annimmt, 1) so wird der erstere von seiner Verpflichtung frei, die gleichzeitig auf letzteren übergeht.

Dieser Uebergang kann nur durch Entlassung des ursprünglichen Schuldners ab Seiten des Gläubigers 2) und durch Einwilligung des nachfolgenden Schuldners stattfinden.

Im Zweifel wird nicht der Uebergang, sondern die Anweisung vermuthet. 3)

1) Es kann dies entweder a) so geschehen, daß der nachfolgende Schuldner ohne Auftrag des ursprünglichen in dessen Verpflichtung eintritt. Es ist dies der Fall der sog. expromissio des röm. R. oder b) so, daß der Gläubiger in Folge vorangegangener Verständigung sowohl zwischen ihm und dem ursprünglichen als zwischen diesem und dem nachfolgenden Schuldner den letzteren statt des ersteren als Schuldner annimmt. Es ist dies der Fall der sog. delegatio. In beiden Fällen erlischt das Pflichtverhältniß zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Gläubiger und tritt an dessen Stelle ein neues.

Nur die expromissio und die delegatio sind eine eigentliche Umänderung (Novation) des Vertrages, während bei der Anweisung (assignatio), von welchen die §§ 359—361 handeln, das ursprüngliche Schuldverhältniß nicht erlischt.

2) Es kann diese Entlassung namentlich dadurch geschehen, daß der Gläubiger den ursprünglichen Schuldner quittirt. Hat einmal der Gläubiger den ursprünglichen Schuldner entlassen, so steht ihm selbstverständlich gegen letzteren kein Regreß mehr zu.

3) Bei der Anweisung haftet nämlich der ursprüngliche Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß der Angewiesene nicht zahlen würde (§ 361).

Anmerk. Auch die Uebertragung einer Schuld war von mehreren unserer Statuten untersagt bez. beschränkt. Diejenigen von Oberhalbstein sagen: „Weiter ist statuirt, welcher dem andern schuldig ist oder gelten soll, soll sein Geltschuld selber bezahlen und selbige Schuld auf keinen andern stoßen. Ebenso Vivio u. M. Die Averser St. lauten: „Es soll sich niemand in deß andern schuld stekhen ohne deß schuldners wüssen und willen, er seye dann Rechtgebener Vogt bei buß."

§ 359.

Anweisung.

Wenn der Gläubiger sich von seinem Schuldner an einen Dritten zur Empfangnahme der Leistung (Zahlung) weisen läßt, so ist let-

terer, wenn das Verhältniß nicht als Zession [1]) zu beurtheilen ist, als Beauftragter des Anweisenden [2]) anzusehen.

Dieses Verhältniß setzt zu seiner rechtlichen Wirksamkeit voraus, daß sowohl der Gläubiger (Assignatar) als derjenige, an welchen er gewiesen ist (Assignat) die Anweisung (Assignation) angenommen haben. [3])

Der Assignat ist nur unter derjenigen Voraussetzung, unter welcher ein Schuldner sich die Abtretung der Forderung gefallen lassen muß (§ 355), zur Annahme der Anweisung verpflichtet. [4])

[1]) Bei der Zession findet eine eigenthümliche Uebertragung des Forderungsrechtes selbst statt, während bei der Anweisung, wenn auch der Assignat A Schuldner des Assignanten (Anweisenden) B ist, eine Uebertragung der Forderung von B auf seinen Gläubiger C nicht erfolgt, sondern blos B, statt selbst Zahlung an C zu leisten, sie durch A ihm leisten läßt. Wenn sich dagegen C von B so an A weisen läßt, daß er etwa dessen Forderung an A an Zahlungs Statt übernimmt, so liegt eine eigentliche Zession vor.

[2]) Die Anweisung ist meist ein Mittel, um gleichsam durch ein einziges Geschäft einerseits Zahlung zu leisten und anders Zahlung zu erhalten und hiedurch doppelte Handänderung des Geldes, Geldporti u. s. w zu ersparen. Z. A. A in V schuldet dem B in X Fr. 2000, letzterer schuldet aber hinwieder dem C in V Fr. 2000. Statt daß nun A dem B Fr. 2000 nach X und hinwieder B dem C Fr. 2000 nach nach V sendet, überschickt B dem C eine Anweisung an A für Fr. 2000. Bezahlt nun der Assignat A diese Anweisung dem Assignatar C, so hat mittelst dieser einzigen Zahlung 1) A seine Schuld an B und 2) B seine Schuld an C bezahlt A erscheint hier, indem er den C auf die Anweisung des Assignanten B zahlt, als Beauftragter des letzteren

Einige Gesetze (z. B. das berner) kehren freilich im Einklang mit verschiedenen Rechtslehrern (s. Mittermaier d. P. R. § 561) dieses geradezu um, indem sie den Assignatar als Beauftragten des Assignanten erklären. Hiedurch geräth man aber mit allen übrigen Konsequenzen dieses Rechtsverhältnisses in Konflikt.

[3]) Es genügt demnach nicht eine blose Kenntnißgabe an den Assignaten, wie bei der Zession an den debitor cessus, sondern es muß die Anweisung, um den Assignaten zu verpflichten, von letzterem förmlich angenommen sein. Diese Annahme wird gewöhnlich von dem Assignaten auf der Anweisungsurkunde selbst bescheinigt.

[4]) Mehrere Schweizergesetze erklären den Assignaten pflichtig, die Anweisung „so weit anzunehmen, als er selbst dem Assignanten schuldig ist.“ Allein der richtige Grundsatz ist, daß der Assignat, wenn er dem Assignant schuldig ist, die Anweisung annehmen muß, so weit er dadurch nicht in eine nachtheiligere Stellung als gegenüber dem Assignanten versetzt wird. Dies ist aber eben der Grundsatz, der bei der Zession maßgebend ist. Vgl. preuß. L. R. I. 16 § 256.

§ 360.

Wirkung der Anweisung.

Der Anweisende kann die Anweisung gegenüber dem Angewiesenen (Assignatar), nachdem sie dieser angenommen, gar nicht, gegenüber dem Assignaten nur so lange widerrufen, als dieser sich nicht schon dem Angewiesenen durch die Annahme verpflichtet hat. [1])

Hat sich der Assignat gegenüber dem Angewiesenen zur Annahme der Anweisung verpflichtet, so steht letzterem, wenn jener nicht zahlt,

frei, gegen ihn auf Erfüllung zu klagen [2]) oder sich sofort (gemäß § 361) an den Aussteller der Anweisung zu halten.

War der Assignat dem Anweisenden die angewiesene Leistung nicht schuldig, [3]) so kann er von ihm für das Bezahlte Ersatz fordern; war er sie ihm schuldig, so wird er durch die dem Angewiesenen geleistete Zahlung, so weit diese reicht, von seiner Verpflichtung gegenüber dem Anweisenden frei. [4])

[1]) Indem der Assignat gegenüber dem Assignatar die Anweisung annimmt, verpflichtet er sich gleichzeitig ihm gegenüber zur Leistung. Der Assignatar kann ihn daher, wenn er nicht sofort die Anweisung zurückstellen und an den Assignanten sich halten will, auch auf Erfüllung belangen — gerade wie derjenige, der mit einem Beauftragten ein Geschäft abgeschlossen hat, ihn selbst oder den Vollmachtgeber belangen kann.

[2]) Gemeinrechtlich steht dem Assignatar in der Regel keine Klage gegen den Assignaten zu (s. Mittermaier, deutsches Privatrecht V. Aufl. § 561.) Anders das zürch. Ges. und das preuß. L. R., welches letztere sogar den Assignatar zu Anstellung der Klage, bevor er Regreß an den Aussteller nimmt, verpflichtet. Der entscheidende Gesichtspunkt ist wohl der oben angegebene, ob nämlich die Annahme nur gegenüber dem Aussteller oder gegenüber dem Angewiesenen erfolgte. Wenn die Annahme schriftlich auf der Anweisung erfolgte, so läßt sich wohl vermuthen, daß der Assignat sich auch gegenüber dem Angewiesenen verpflichtete. Will übrigens letzterer gegen ersteren klagen, so hat er selbstverständlich, wenn er sich hinsichtlich des Regresses nicht präjudiziren will, dem Aussteller litem zu denunziren.

[3]) Es ist dies namentlich häufig der Fall bei Anweisungen durch sog. Kreditbriefe. Selbstverständlich folgt aus den Grundsätzen des Mandats, daß, wenn der Assignat bevollmächtigt ist, dem Assignatar weitere Anweisungen bez. Kreditbriefe zu ertheilen, der Assignat ihm auch für die ferneren Anweisungen haften muß. Das zürch. Ges. § 1191 enthält diesfalls die Bestimmung, daß bei unbeschränkten Krediteröffnungen der Assignat (Adressat) „offenbar übermäßige Anforderungen des Angewiesenen", ohne weitere Vollmacht, abweisen soll. Es liegt dies wohl schon in einer der muthmaßlichen Intention des Assignanten entsprechenden Interpretation des Kreditbriefes.

[4]) Vgl. Note 2 zu § 359.

Anmerk. Was die sogenannten „kaufmännischen Anweisungen" betrifft, deren das zürch. Ges. und auch andere Partikulargesetze, wie namentlich das preuß. L. R. II. 8 § 1261—1304., erwähnen, so war deren besondere Behandlung in diesem Gesetze wohl nicht nöthig. Als das Entscheidende wird hier anzusehen sein, ob die kaufmännische Anweisung in Wechselform ausgestellt ist oder nicht. Im ersteren Falle spricht die Vermuthung dafür, daß die Betheiligten sich nach Wechselrecht verpflichten wollten; im letzteren Falle ist sie als einfache Anweisung zu behandeln. Gemeinrechtlich kommt den kaufmännischen Anweisungen ein wechselrechtlicher Charakter nicht zu. S. Mittermaier l. c.

§ 361.

Haftbarkeit in Folge der Anweisung. [1])

Der Anweisende (Assignant) haftet dem Angewiesenen für den Fall, daß der Assignat die Anweisung nicht annehmen oder die übernommene Zahlung nicht zur gehörigen Zeit leisten sollte, sowie auch für den Schaden, der dem Assignatar aus einem Widerruf der Anweisung erwächst. [2]) Dagegen hat der Angewiesene die Folgen der Saumseligkeit zu tragen, die er sich, sei es in Zurückstellung der An-

weisung, wenn er diese nicht annehmen wollte, sei es in Einforderung oder Empfangnahme der angewiesenen Leistung, sei es endlich dadurch zu Schulden kommen ließ, daß er, wenn der Assignat die Anweisung nicht annahm oder die Zahlung nicht leistete, dem Anweisenden nicht unverzüglich davon Anzeige machte. [3])

Ebenso haftet der Assignat dem Anweisenden für den Schaden, den er ihm durch unberechtigt verweigerte Annahme der Anweisung [4]) oder durch Nichtleistung der übernommenen Zahlung verursachte.

[1]) Vgl. über diese Materie besonders: österr. Ges. § 1403—1409, zürch. Ges. § 1189—1205, preuß. L. R. I. 16. § 268—298. Die übrigen Schweizergesetze folgen vorzugsweise dem österr. Gesetze.

[2]) Z. B. A in V schuldet dem B in X Fr. 2000, B dem C in V Fr. 1000. B weist den C, um ihn zu bezahlen, für die ihm schuldigen Fr. 1000 an A, der Assignatar macht aber von der Anweisung ½ Jahr lang keinen Gebrauch, mittlerweile wird der Assignat A insolvent und die Anweisung kann nicht mehr realisirt werden. Wenn nun der Assignatar C an dem Assignanten B Regreß nehmen, beziehungsweise ihm die Anweisung zurückstellen und ihn für dessen frühere Schuld von Fr. 1000 behaften wollte, so könnte B den Rückgriff ablehnen, insofern er darthun könnte, daß die Anweisung zur Zeit als sie dem Assignatar C zukam, von A noch honorirt worden wäre, daher der nun sich ergebende Verlust von C selbst verschuldet wurde. Das Nämliche gälte, wenn der Angewiesene C, nachdem der Assignat A die Zahlung verweigerte, den Anweisenden B nicht schleunig davon in Kenntniß setzt, und mittlerweile der Assignat insolvent wird, während der Anweisende, wenn er dessen Zahlungsverweigerung zeitig gekannt hätte, noch im Fall gewesen wäre, von ihm Bezahlung zu erlangen. Je länger eine Zurückstellung der Anweisung oder eine Anzeige von der nicht erfolgten Annahme oder Bezahlung der Anweisung ausbleibt, desto mehr ist der Assignant zur Annahme berechtigt, daß die Anweisung angenommen und honorirt sei und desto sicherer läuft der Angewiesene Gefahr, seinen Rückgriff auf den Anweisenden zu verlieren.

Verschiedene Gesetzgebungen setzen Nothfristen fest, z. B. das soloth. Gesetz 30 Tage für Zurückstellung der Anweisung durch den Angewiesenen, das preuß. L. R. 14 Tage für Realisirung der Anweisung durch den Assignataren. Die erste Kommission hatte dem Angewiesenen zur Pflicht gemacht, dem Anweisenden die Anzeige von der Nichtannahme oder Nichtzahlung der Anweisung inner acht Tagen zu machen, bez. zu versenden. Die zweite Kommission zog aber vor, nur die „unverzügliche“ Anzeige vorzuschreiben, von der Ansicht ausgehend, daß es überall auf die speziellen Umstände ankomme. In der That wird nicht nur das Maß von Fahrläßigkeit, das sich der Assignatar zu Schulden kommen ließ, sondern namentlich auch der Umstand in Betracht kommen, ob der Assignat dem Assignanten die angewiesene Summe schuldig war oder nicht und ob daher der letztere durch die Saumsal des Assignataren (weil etwa mittlerweile der Assignat insolvent wurde) eine positive Einbuße erlitt oder nicht.

[4]) Unberechtigt ist die Verweigerung der Annahme dann, wenn der Assignat sich eine Zession der Forderung (von dem Assignanten an dem Assignatar) hätte gefallen lassen müssen (§ 359 Schlußabsatz), was voraussetzt, daß der Assignat Schuldner des Assignanten sei.

C. In dem Vertragsgegenstand (Novation).[1])

§ 362.

Wann diese Umänderung eintritt.

Die Umänderung eines Vertrages in seinem Gegenstand tritt dann ein, wenn der Vertrag (z. B. durch einen Vergleich) in seinen Hauptbestimmungen oder in seinem rechtlichen Charakter gültig verändert wird.[2])

Blos die Erfüllung des Vertrages beschlagende Abänderungen und Zusätze bewirken keine Umänderung desselben.[3])

Im Zweifel wird die Umänderung des Vertrages nicht vermuthet.[4])

[1]) Die Novation im weitern Sinne umfaßt auch die (in den §§ 355—358 behandelten) Fälle, in welchen die Vertragspersonen durch Uebergang der Forderung oder der Schuld wechseln.

[2]) Z. B. A stellt am 1. Sept. dem B einen Schuld- und Pfandbrief für Fr. 1000 aus, am darauffolgenden 1. Mai leiht B dem A weitere Fr. 1000 und dieser stellt jenem einen neuen Schuld- und Pfandbrief für Fr. 2000 aus, in welchem zu den früheren Unterpfändern noch neue gegeben werden. In diesem Falle ist der frühere Darlehensvertrag in seinen Hauptbestimmungen, nämlich in der Darlehenssumme und in dem Unterpfand geändert und es wird durch den neuen Vertrag der alte von Rechtswegen aufgehoben.

Wenn in der Folge A und B sich dahin verständigen, daß ersterer, statt das Darlehen zurückzuzahlen, es in der Handlung des B als Kommis abverdiene, so erfolgt eine Umänderung des Vertrages dadurch, daß der Darlehensvertrag in einen Lohndienstvertrag sich verwandelt.

Wenn dagegen für ein anfänglich zinsloses Darlehen nachträglich Zinsen bedungen würden, so würde blos hiedurch der ursprüngliche Vertrag nicht umgeändert, somit nicht aufgehoben, da dessen Wesen durch die nachträgliche Stipulation von Zinsen nicht beeinträchtigt wird.

Eine Hauptgattung dieser Novationen sind Vergleiche. Z. B. A behauptet an B eine Darlehensforderung von Fr. 1500 zu haben, gegen welche B aber Verjährung vorschützt. Sie vergleichen sich dahin, daß B dem A Fr. 450 bezahlen soll.

Es versteht sich übrigens, daß Novationen (somit auch Vergleiche) hinsichtlich ihrer Gültigkeit (z. B. auch mit Bezug auf gewalteten Irrthum) nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge zu beurtheilen sind. Sollte der neue Vertrag ungültig sein, so bleibt der alte fortbestehen.

(Vgl. über den Begriff der Novation L. 1 pr. D de nov. 46. 2: „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem . . . trans fusio . . . hoc est, quum ex precedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur.")

[3]) Wenn z. B. der Bräutigam A beim Schreiner B Mobilien für Fr. 850 auf seine Hochzeit bestellt hat und nachträglich sich die Kontrahenten noch darüber vereinigen, daß B für jeden Tag Verspätung sich einen Abzug von Fr. 10 an dem bedungenen Preis gefallen lassen müsse, so wird hiedurch der frühere Vertrag nicht novirt, bleibt also im Uebrigen in allen Theilen in Kraft.

Daß solche nachträgliche Abänderungen die Verbindlichkeiten Dritter (z. B. von Bürgen) die dabei nicht mitwirkten, nicht erschweren können, versteht sich von selbst.

[4]) Ist also Zweifel vorhanden, ob die Abänderung eine Haupt- oder eine Nebenbestimmung beschlage, oder ob der rechtliche Charakter des alten Vertrages mit dem neuen verträglich sei oder nicht, so ist gegen die Novation zu präsumiren. Vgl. österr. Ges. § 1379.

Der von dem preuß. L. R. (I. 16. § 455) hervorgehobene Fall, in welchem von den Kontrahenten ausdrücklich erklärt wird, daß der neue Vertrag an die Stelle des alten treten soll, gehört im Grunde nicht unter die Novation, sondern ist mit Bezug auf den alten Vertrag als eine mit Zustimmung der Kontrahenten erfolgende Vertragsauflösung anzusehen.

§ 363.

Wirkung dieser Umänderung.

Diese Umänderung hat zur Folge, daß der umgeänderte Vertrag als ein neuer Vertrag und der frühere als mit allen seinen Nebenbestimmungen (wie mit Bezug auf Zinspflicht, Bürgschaften und Pfandrechte) gleichzeitig durch jenen aufgehoben anzusehen ist. [1])

[1]) Wenn z. B. A dem B Fr. 1000 schuldet und hiefür den C als Bürgen stellt, in der Folge sich aber A und B dahin vereinbaren, daß jener diesem, statt Fr. 1000 zu erstatten, ein gewisses Quantum Kolonialwaaren liefern soll, so wird hiemit der Darlehensvertrag in seinem Wesen umgeändert (novirt), und daher C von seiner Bürgschaftspflicht frei, so daß B, wenn A die Kolonialwaaren nicht liefert, sich nicht mehr an C halten kann.

Die Auflösung bestandener Bürgschaften und Pfandrechte nebst der Unterbrechung der Verjährung sind wohl die eingreifendsten Wirkungen der Novation, daher in gegebenen Fällen die Frage, ob eine Novation anzunehmen sei oder nicht, eine sehr einflußreiche sein kann. Es versteht sich, daß der alte Vertrag erst in dem Moment, in welchem der neue rechtskräftig wird, aufgehoben wird.

Anmerk. Der von der ersten Kommission genehmigte Entwurf enthielt an dieser Stelle unter dem Titel: „Wechselform" einen Abschnitt, der das Wechselrecht behandelte, sich dabei jedoch, alles Detail vermeidend, auf die maßgebenden Grundsätze beschränkte, und zwar in möglichstem Anschluß an den schon von mehreren Kantonen (Solothurn, Bern, Luzern) angenommenen, von Burkhard-Fürstenberg ausgearbeiteten Entwurf zu einer schweizerischen Wechselordnung vom 25. Juli 1854, der hinwieder wesentlich auf der deutschen Wechselordnung von 1848 fußte. Der Redaktor hatte sich hiebei von der Ansicht leiten lassen:

1) daß das Wechselrecht, das im Grunde blos eine weitere Entwicklung der „Anweisung" ist, so gut wie letztere einen nothwendigen Bestandtheil eines auf Vollständigkeit Anspruch machenden Zivilgesetzbuches bilde;
2) daß der Wechselvertrag bei uns keineswegs als ein kaufmännisches Privilegium erklärt werden könnte, theils weil ein abgeschlossener Kaufmannsstand bei uns gar nicht besteht, theils weil der Wechsel vermöge der durch denselben ermöglichten Leichtigkeit, Geldwerthe umzusetzen, auch außerhalb der kaufmännischen Kreise große Verbreitung gefunden hat;
3) daß ein minutiöses Eingehen auf Einzelnheiten im Wechselrecht wie in andern Materien des Zivilrechtes vom Uebel sei und besser der Praxis und dem kaufmännischen Takt einiger Spielraum belassen werde; dieses aber ganz besonders in unserm Kanton, wo ein eigentlicher Wechselplatz sich nie bilden und die Feststellung der leitenden und durchschlagenden, meist auch schon überall anerkannten Prinzipien über die wesentlichsten Punkte dieser Vertragsform unter allen Umständen genügen werde, zumal wenn in der Gantordnung noch für eine raschere und sicherere Exekution von Wechselforderungen Vorsorge getroffen werde;
4) daß unser Volk kaum geneigt sein werde, ein eigenes paragraphenreiches Gesetz über Wechselrecht, wofür die Mehrzahl kein Verständniß hat, anzunehmen, während die Annahme des Zivilgesetzbuches nicht im mindesten dadurch erschwert werde, daß das Wechselrecht in demselben in möglichster Kürze eine Stelle finde.

Die zweite Kommission fand aber für gut, diese Materie aus dem Gesetzbuch wegzulassen und den Anschluß an ein zu erwartendes schweizerisches Konkordat über Wechselrecht anzurathen. Bei der Ungewißheit aber, ob und wie bald ein solches, und zwar auch für unsern Kanton verbindlich zu Stande kommen werde, halte ich es für nützlich, hier die einschlägigen Bestimmungen des von der ersten Kommission genehmigten Entwurfes folgen zu lassen, damit dieselben für unsere Praxis wenigstens für so lange als Leitfaden dienen mögen, bis ein Gesetz das Wechselrecht definitiv regeln wird. Sie lauten:

§ 1 (364).

Allgemeine Bestimmungen.

Wer sich einem Andern mittelst einer auf dessen „Ordre" ausgestellten oder als „Wechsel" bezeichneten Urkunde (Wechsel) verpflichtet, ihm, sei es selbst, sei es durch einen Dritten, an einem bestimmten Ort und zu einer gewissen Zeit eine benannte Summe zu zahlen, der verpflichtet sich in Wechselform.

Ebenso verpflichten sich in Wechselform der Empfänger des Wechsels, die nachfolgenden Erwerber desselben und der als Wechselschuldner Bezeichnete durch ihre, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen, mit Namensunterschrift auf dem Wechsel abgegebenen Erklärungen und zwar begründet jede gültige Namensunterschrift eine selbständige, von der allfälligen Ungültigkeit anderer, unabhängige Verpflichtung.

§ 2 (365).

Arten der Wechsel.

Die Wechsel sind entweder:

a. Gezogene (trassirte) Wechsel, wenn ein Anderer (der Bezogene, Trassat) die Zahlung leisten soll und die Urkunde ausdrücklich als „Wechsel" bezeichnet ist; oder

b. Anweisungen (an Ordre), wenn zwar ein Anderer (Assignat) die Zahlung leisten soll, die Urkunde aber als „Anweisung" oder nicht ausdrücklich als „Wechsel" bezeichnet ist; oder

c. eigene Wechsel, wenn deren Aussteller selbst die Zahlung zu leisten verspricht.

§ 3 (366).

Indossament.

Der Empfänger des Wechsels (Wechselnehmer) kann denselben mittelst einer auf dem Wechsel angebrachten Bescheinigung (Indossament) an einen andern übertragen (indossiren), so zwar, daß letzterer (Indossatar) durch dessen Besitz Inhaber der aus dem Wechsel entspringenden Rechte wird, somit entweder selbst bei dem Wechselschuldner (Bezogenen, Assignaten oder Aussteller des eigenen Wechsels) die Zahlung am Verfalltage erheben oder aber den Wechsel weiter übertragen kann.

Dagegen haften Alle, die den Wechsel ohne Vorbehalt übertrugen (Indossanten) mit dem Aussteller nach Maßgabe des § 368 solidarisch für rechtzeitige Bezahlung des Wechsels.

§ 4 (367).

Akzeptation.

Jeder Wechsel kann schon vor dem Verfalltage, sei es von dem Aussteller selbst, sei es von dem Wechselnehmer oder von dem jeweiligen Indossatar, dem als Wechselschuldner Bezeichneten zu Anerkennung der Wechselschuld (Akzeptation, Annahme) vorgelegt (präsentirt) werden. Diese Anerkennung ist auf dem Wechsel zu bescheinigen. Ueber die Annahme einer („an Ordre" ausgestellten) Anweisung ist indeß der Assignat nicht schuldig, sich vor dem Verfalltage auszusprechen.

Soll die Zahlung eine gewisse Zeit „nach Sicht" geschehen, so muß der Wechsel, bei Verlust des Regresses, nach Maßgabe der in dem Wechsel enthaltenen Präsentationsfrist, in Ermanglung einer solchen binnen Jahresfrist zur Annahme präsentirt werden.

§ 5 (368).

Zahlung.

Am Verfalltage, oder, wenn dieser ein Sonntag oder Feiertag ist, am darauf folgenden Werktage, hat der Wechselinhaber, der die Zahlung erhalten will, zu diesem Zwecke dem Wechselschuldner, beziehungsweise mit der Zahlung Beauftragten bei Verlust des Rückgriffs auf seine Vormänner (Indossanten und Aussteller), den Wechsel vorzuweisen (zu präsentiren).

Sind auf dem Wechsel noch andere Personen subsidiär als Zahler (als „Nothadresse" oder als „Ehrenzahler") bezeichnet, so ist derselbe so weit die Zahlung von dem Wechselschuldner nicht erhältlich war, unverzüglich auch jenen zu präsentiren, und zwar bei Verlust des Rückgriffs gegen denjenigen, zu dessen Gunsten bezahlt werden sollte, und dessen Nachmänner.

Auf Sicht gestellte (bei der Vorzeigung verfallende) Wechsel sind, bei Verlust des Regreßrechtes, innert der in dem Wechsel bezeichneten Frist, in Ermanglung einer solchen binnen Jahresfrist zur Zahlung zu präsentiren.

§ 6 (369).

Protest.

So weit der Wechselschuldner, beziehungsweise die Nothadresse, sei es die Wechselschuld bei der Präsentation zur Annahme nicht unbedingt anerkennt, sei es am Verfalltage die Zahlung verweigert oder nicht zu leisten vermag, hat der Wechselinhaber bei Verlust des Rückgriffs auf seine Vormänner, die ihm solches nicht ausdrücklich erließen, durch den Kreisgerichtsschreiber unverzüglich den Protest erheben, d. h. durch eine, den Wortlaut des protestirten Wechsels enthaltende Urkunde die geschehene Präsentation des Wechsels und die Thatsache der nicht erfolgten Annahme oder Zahlung mit Ort- und Zeitangabe konstatiren zu lassen.

Vorbehalten sind hiebei Anweisungen, hinsichtlich welcher nur Mangels Zahlung Protest erhoben werden kann.

§ 7 (370).

Regreß.

Dem Inhaber des, Mangels Annahme protestirten Wechsels, steht der Rückgriff (Regreß) auf Sicherstellung, dem Inhaber des, Mangels Zahlung protestirten Wechsels, der Regreß auf Schadensersatz gegenüber seinen Vormännern zu, so zwar, daß diejenigen Indossanten, die er hiebei, von dem letzten an gerechnet, überspringt, als befreit anzusehen sind.

Dasselbe Recht steht dem oder den von ihm in Anspruch genommenen Indossanten gegenüber deren Vormännern zu.

§ 8 (371).

Verjährung.

Wechselforderungen verjähren gegen den Akzeptanten mit Ablauf eines Jahres, gegen die Regreßpflichtigen, wenn diese in der Schweiz wohnen, mit Ablauf eines Monats, von dem Zeitpunkt an gerechnet, mit welchem sie klagbar geworden waren.

Obige Bestimmungen finden gegenüber nichtschweizerischen Wechselklägern nur insofern Anwendung, als in ihrem Wohnorte für schweizerische Wechselkläger mindestens eben so lange Verjährungsfristen gelten, widrigenfalls ihre Klage nach den in ihrem Wohnorte geltenden Verjährungsfristen beurtheilt würde.

Vorbehalten bleiben bei obigen Verjährungsbestimmungen die auf ordentlichem gerichtlichem Wege, beziehungsweise je nach Umständen akzessorisch zu Strafverhandlungen, geltend zu machenden Forderungen aus ungehöriger Bereicherung (§ 472 ff) oder aus Schädigung (§ 475 ff).

Die Verjährung der Wechselforderung wird wie diejenige anderer Forderungen und, bezüglich der augenblicklich nicht Belangten auch durch die Streitverkündung, unterbrochen.

Wir bemerken hier nur noch, daß das Wechselrecht in unserm Kanton auch so lange wir kein Gesetz darüber haben, insofern als geltend anzusehen ist, als angenommen werden muß, daß Jeder, der sich der Wechselform bedient, sich auch nach Wechselrecht verpflichte. In diesem Sinne wurden auch schon gerichtliche Entscheide erlassen.

VII. Erlöschen der Verträge.

§ 364.

Im Allgemeinen.

Verträge erlöschen:

1. durch Erfüllung [1]) (§ 330 und ff.);
2. durch Wiederaufhebung wegen Nichterfüllung (§§ 340, 341, 344 und 345);
3. durch Umänderung (§§ 355 bis 358, 362 und 363);
4. durch die Unmöglichkeit der Erfüllung (§ 365);
5. durch die Konfusion (§ 366);
6. durch Vertrag und Verzicht (§ 367);
7. durch Kompensation (§ 368);
8. durch Verjährung (§ 369);

Der Beweis, daß die Verbindlichkeit erloschen sei, liegt dem Verpflichteten ob.

[1]) Es versteht sich, daß zweiseitige Verträge erst durch beidseitige Erfüllung (Leistung und Gegenleistung) erlöschen.

§ 365.

Unmöglichkeit der Erfüllung.

Verträge erlöschen wegen Unmöglichkeit ihrer Erfüllung, d. h. wenn entweder der Vertragsgegenstand oder die, die Erfüllung bedingenden persönlichen Eigenschaften des Verpflichteten, ohne sein Verschulden, untergehen. [1]) Letzterem Falle wird der Tod des Verpflichteten gleich geachtet, wenn die Erfüllung des Vertrages an seine persönlichen Eigenschaften geknüpft war, wie solches bei dem Mandate (§ 384 ff.) immer, öfter auch bei dem Lohnarbeits- und dem Gesellschaftsvertrage (§§ 423 und 445) der Fall ist. [2])

Soweit Verträge wegen Unmöglichkeit ihrer Erfüllung aufgelöst werden, ist auch die Gegenleistung entsprechend herabzusetzen, beziehungsweise das darauf hin Geleistete zu ersetzen. [3])

[1]) Z. B. A vermiethet dem B sein Haus auf 5 Jahre vom 23. April an. Am 20. Mai dess. J. brennt das Haus ohne Schuld des Vermiethers ab, so erlischt der Miethvertrag durch den unverschuldeten Untergang des Vertragsgegenstandes (des Hauses). Oder: der Maler A, der dem B ein Gemälde zu liefern sich verpflichtete,

verliert in einer Schlacht seinen rechten Arm. In solchem Fall erlischt der Lohnarbeitsvertrag in Folge des unverschuldeten „Untergangs einer die Erfüllung bedingenden persönlichen Eigenschaft" des Malers. Oekonomisches Unvermögen dagegen, auch wenn es unverschuldet sein sollte, hat nicht das Erlöschen von Verträgen zur Folge, weil der Vermögensbesitz keine der Persönlichkeit eines Menschen inwohnende Eigenschaft ist.

[2]) Ebenso erlischt z. B. der Kompromißvertrag durch den Tod eines Schiedsrichters (§ 465).

[3]) Wenn z. B. das für einen Jahreszins von Fr. 1000 vermiethete Haus 6 Monate nach Beginn der Miethe durch Zufall abbrennt, so würde der Miether für die halbjährige Benutzung des Hauses Fr 500 (die Hälfte des bedungenen Jahreszinses) zu bezahlen haben, sollte er aber die Jahresmiethe schon zum Voraus bezahlt haben, so hätte ihm der Vermiether die Hälfte davon, somit Fr. 500 zu erstatten.

Für den Fall, daß die Erfüllung des Vertrages durch Schuld eines der Kontrahenten unmöglich gemacht, z. B. das vermiethete Haus von dem Vermiether selbst angezündet worden wäre, kommen die allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz in Anwendung.

Anmerk. Bemerkenswerth ist, daß nach den Oberbunds-St. auch die Unfähigkeit zu bezahlen als eine die Erlöschung von Verträgen (wenigstens von Kaufverträgen) bewirkende Unmöglichkeit der Erfüllung galt, indem sie sagen: „Welcher etwas kauffte und nit zu bezahlen hätte, solle nach Gerichts Erkanntnuß gestrafft und dem Verkäufer das seinig wieder gekehret und erstattet werden."

§ 366.

Zusammentreffen von Recht und Verbindlichkeit. (Konfusion).

Verträge erlöschen durch Konfusion, d. h. dadurch, daß die Berechtigung und die Verpflichtung in Einer Person zusammentreffen, sei es daß der Verpflichtete in die entsprechende Berechtigung, sei es daß der Berechtigte in die entsprechende Verpflichtung eintritt, wie namentlich, wenn der Berechtigte durch den Verpflichteten, oder umgekehrt, beerbt wird. [1])

[1]) Z. B. A schuldet dem B aus einem Darlehen Fr. 1000, B stirbt und A beerbt ihn. In solchem Falle erlischt der Darlehensvertrag, weil A Schuldner und Gläubiger zugleich wird. Das Nämliche wäre, nur umgekehrt, der Fall, wenn B den A beerben würde. (Puchta Pand. § 300.)

§ 367.

Befreiung durch Vertrag.

Verträge können, so weit sie nicht vollzogen sind, [1]) ganz oder theilweise, durch einen gegenseitigen oder einen einseitigen Vertrag, je nachdem es sich um eine gegenseitige oder eine einseitige Verpflichtung handelt, aufgelöst werden, [2]) und zwar sowohl ausdrücklich als thatsächlich (stillschweigend). Durch einen solchen Auflösungsvertrag (Nachlaß oder Verzicht) wird der Verpflichtete von seiner übernommenen Verbindlichkeit ebenso befreit als ob er sie erfüllt hätte.

Ein stillschweigender (thatsächlicher) Verzicht kann nur aus Handlungen oder einem Benehmen des Berechtigten gefolgert werden, die über dessen Absicht keinen Zweifel lassen. [3]) Im Zweifel sind Verzichte nicht zu vermuthen.

[1]) Soweit sie schon vollzogen sind, können sie zwar durch Rückgabe des Empfangenen oder Ersetzung seines Werthes in ihrer materiellen Wirkung wieder aufgehoben werden, aber es kann dies, da die rechtliche Wirkung des Vertrages schon eingetreten ist, nicht mehr durch blosen Befreiungsvertrag, sondern nur durch einen andern Vertrag (z. B. wenn ein vollzogener Kaufvertrag wieder soll rückgängig gemacht werden durch einen neuen Kaufvertrag, in welchem die Stellung der Kontrahenten umgekehrt wird) geschehen. Vgl. Puchta Pand. § 298 und österr. Ges. § 920.

[2]) Ein Kaufvertrag (gegenseitiger Vertrag) z. B. kann, wenn die Kontrahenten reuig werden, durch ihr beiderseitiges Einverständniß (contrario consensu, mutuo dissensu) so aufgehoben und völlig wirkungslos gemacht werden, daß der Käufer das Kaufobjekt, der Verkäufer den Kaufpreis zu erstatten sich verpflichtet. — Ein Schenkungsversprechen (einseitiger Vertrag) kann durch den einseitigen Verzicht des zu Beschenkenden aufgehoben werden. Doch muß auch der einseitige Verzicht oder Erlaß, um für den Erlassenden verbindlich zu werden, von dem Pflichtigen (ausdrücklich oder stillschweigend) angenommen werden, wie überhaupt jeder Antrag nur durch dessen Annahme verbindlich d. h. zum Vertrage wird (§ 316). Bei der Wiederaufhebung gegenseitiger Verträge erscheint der Verzicht als ein gegenseitiger, er kann aber auch bei solchen alsdann ein einseitiger sein, wenn derjenige Kontrahent, der seine Vertragspflicht erfüllt hat, dem andern die Gegenleistung erläßt, wie wenn z. B. der Verkäufer eines Hauses dem Käufer den Kaufpreis erläßt. In letzterem Fall ist der Nachlaß aus dem Gesichtspunkte der Schenkung zu beurtheilen (§ 370).

[3]) Es sind dies die sog. konkludenten oder schlüssigen Handlungen. Z. B. A, der dem B Fr. 1000 schuldet, rettet diesen aus einer Lebensgefahr, B davon gerührt, nimmt in Gegenwart des A dessen Schuldschein aus der Brieftasche, und zerreißt denselben, indem er unzweideutig zu erkennen gibt, daß er dieses aus Erkenntlichkeit thue. Solche schlüssige Handlungen sind jedoch nur dann anzunehmen, wenn die Absicht, auf ein Recht zu verzichten, aus denselben unzweideutig hervorgeht.

§ 368.

Kompensation.

Eine privatrechtliche Schuld [1]) kann von dem Schuldner mit einer Gegenforderung, die der nämliche Schuldner gegen den nämlichen Gläubiger hat, unter der Voraussetzung verrechnet (kompensirt) werden, daß

a. die Forderung (des Gläubigers) und die Gegenforderung (des Schuldners) sich auf vertretbare Sachen der nämlichen Gattung und Beschaffenheit [2]) beziehen; und

b. daß die zu verrechnende Gegenforderung sowohl fällig [3]) als liquid sei. [4])

Die Kompensation tritt nur ein, wenn sie vom Schuldner geltend gemacht wird und wirkt, so weit sie statthaft ist, als Zahlung des entsprechenden Schuldbetrags und zwar von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem sie zulässig war. [5])

Die Kompensation kann nur geltend gemacht werden so lange die Zahlung nicht erfüllt ist. [6]) Sie kann aber auch geltend gemacht werden, wenn die zu verrechnende Gegenforderung wegen Verjährung nicht mehr selbstständig eingeklagt werden kann, vorausgesetzt, daß sie nicht schon zur Zeit, als die Forderung des Berechtigten, beziehungsweise Klagenden, entstand, verjährt war. [7])

[1]) Im Gegensatze zu einer, dem öffentlichen Rechte entspringenden Schuld, die ohne Rücksicht auf irgend welche Einreden durch die sog. „kurze Gant“ eingetrieben werden kann. So kann der von dem Staate oder von einer Gemeinde wegen einer Buße oder wegen einer Abgabe Belangte sich der Bezahlung der Schuld nicht durch Vorschützung einer Gegenforderung, die er an den Staat oder die Gemeinde haben mag, entziehen. Vgl. zürcher Ges § 1055.

[2]) Blos die Identität der Gattung, z. B. Wein, Kaffe, Mehl, genügt somit zur Kompensation nicht, sondern es müssen die zu kompensirenden Sachen auch von nämlicher Beschaffenheit sein, so daß z. B. gegen Landwein nur Landwein, ja sogar, je nach Umständen, nur Landwein der nämlichen Lage, gegen Surinam-Kaffe nur Surinam-Kaffe, gegen Gaisermehl nur Gaisermehl u. s. w. kompensirt werden kann. Das röm. R und mit ihm auch neuere Gesetze fordern wesentlich nur dieselbe Gattung, höchstens auch dieselbe Art. S. Thibaut § 676. Unter solchen Umständen wird die Kompensation wesentlich nur für Geldforderungen praktischen Werth haben. (Vgl. übrigens § 394 und Note 1 zu demselben.)

[3]) Im Falle eines Konkurses tritt diese Fälligkeit kraft Gesetzes ein (s. § 158).

[4]) Die Liquidität setzt nicht nothwendig Kanntlichkeit voraus, muß aber ungefähr in der Weise unverzüglich erweisbar sein, in welcher es eine Forderung sein muß, für welche das Gantgericht (laut Art. 8 der Gantordnung) den Fortgang der Auspfändung erkennen darf. Keller (Pand. § 272) unterscheidet zwischen Kompensationseinreden, welche aus dem nämlichen Rechtsgrund, wie die Klage, und solchen, die aus einem verschiedenen Rechtsgrund abgeleitet werden, und verlangt nur für letztere Liquidität. Es versteht sich übrigens, daß die Kompensationseinrede, wenn sie wegen Illiquidität abgewiesen wird, stets noch (sofern sie nicht etwa schon verjährt ist) als selbständige Klage geltend gemacht werden kann. — Nicht zu verwechseln mit der Kompensationseinrede ist die Widerklage, die als selbständige Klage zu betrachten ist und somit keine Liquidität voraussetzt. — Der erste Entwurf hatte zum Worte „liquid“ die Erklärung „d. h. sofort erweisbar“ beigefügt. Dieser Beisatz wurde aber von der zweiten Kommission gestrichen.

[5]) Sobald der Schuldner sich mit Erfolg auf die Kompensation berufen hat, wird dieselbe auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem die Verrechnung zuerst rechtlich möglich gewesen wäre, so daß von diesem Zeitpunkt an auch die Akzessorien des mit der Gegenforderung kompensirten Schuldbetrags (also namentlich die entsprechende Zinspflicht) als erloschen anzusehen sind Z. B. A klagt im Januar 1862 gegen B Fr. 1000 aus einem Darlehen vom Januar 1852 nebst Zinsen à 5%, somit im Ganzen Fr. 1500 ein. B macht die Kompensation (Verrechnung) geltend für Fr. 500, die A ihm im Januar 1854 aus einem Lohnarbeitsvertrag schuldig geworden sei. Wird die Kompensation zugelassen, so stellt sich die Forderung des A wie folgt.

Januar 1852 Darlehen		Fr. 1000
„ 1854 2 Jahreszinsen		„ 100
		Fr. 1100
Ab die Gegenforderung des B		„ 500
	bleiben	Fr. 600
Hievon Zinsen von 1854 bis 1862, 8 Jahre		„ 240
	Total	Fr 840

Würde dagegen die Gegenforderung des B erst unter dem Datum der Klage (bez. der Kompensationseinrede), also unterm Jan. 1862, in Abzug gebracht, so betrüge die Forderung des A Fr. 1000.

[6]) Wenn also in obigem Beispiel B dem A die von letzterem geforderten Fr. 1500 schon bezahlt hätte, so würde er nicht mehr nachträglich aus dem Grunde der Kompensation Fr. 660, als zu viel bezahlt, von ihm zurückfordern können, sondern er müßte sich gefallen lassen, seine Gegenforderung von Fr. 500 einzuklagen, in welchem Fall er allerdings Fr. 160 einbüßen würde. Das römische Recht

verfügt freilich umgekehrt, daß das in Unkenntniß der Kompensationsberechtigung Gezahlte als eine Nichtschuld (mittelst der condictio indebiti) zurückgefordert werden könne Vgl. Thibaut § 676. Wenn aber der Kompensationsberechtigte eine wahre Schuld bezahlt hat, kann ihm blos aus dem Grunde, weil er die Vorschützung der Kompensationseinrede unterließ, das Recht auf Zurückforderung des Bezahlten nach natürlichen Grundsätzen eben so wenig zustehen als derjenige, der eine Schuld, ungeachtet sie verjährt war, bezahlte, das Geleistete nachträglich, weil er die Verjährungseinrede versäumte, zurückfordern kann (§ 369). In jenem, wie in diesem Falle, besteht eine materielle Verpflichtung und muß, wenn diese einmal getilgt ist, die Einrede, womit der Schuldner sich hätte schützen können, als verwirkt angesehen werden; oder m. a. W. es muß in der Zahlung ein faktischer Verzicht auf die Einrede erkannt werden.

7) Wenn die Gegenforderung zur Zeit als die Forderung (mit welcher jene verrechnet werden soll) entstand noch rechtlich existent (nicht etwa schon verjährt) war, so wird die Kompensation als von selbst vollzogen angesehen, vorausgesetzt, daß sich der Schuldner, wenn auch erst zu einer Zeit darauf berufe, wo seine Gegenforderung, wenn er sie auf dem Weg der Klage hätte geltend machen sollen, verjährt wäre. Demnach könnte in dem oben sub 5 erwähnten Beispiel B seine Kompensationseinrede selbst dann geltend machen, wenn seine Gegenforderung, statt von 1854, etwa von 1846 her rührte. Denn im Jahr 1852, als die Forderung des A entstand (als A dem B Fr. 1000 lieh) war die Gegenforderung des B noch nicht verjährt, konnte also mit dem Guthaben des A verrechnet werden. Beruft sich nun B im Jahr 1862 auf die Kompensation, so wird dieselbe als schon im Jahr 1852 von Rechtswegen eingetreten angesehen, ungeachtet B seine Gegenforderung im J. 1862 als selbständige Klage, da sie dannzumal verjährt wäre, nicht mehr geltend machen könnte. Würde aber die Gegenforderung des B etwa schon aus dem Jahr 1839 stammen, so daß sie im Jahr 1852 bereits verjährt gewesen wäre, so könnte er sie fortan auch nicht mehr auf dem Wege der Kompensationseinrede geltend machen.

Als Besonderheit erwähnen wir: daß das zürch. Ges. (§ 1055) die Kompensation gegen Schuldscheine auf den Inhaber ausschließt.

Anmerk. Das Davoser L. B. sagt: „Wan einer sein Geldtschuld verstoßen welt und der so das Geldt schuldig ist nit kontent were, so mag das Stoßen kein Krafft haben bis die Schuldt gefallen ist." Oberengadin, Obtasna und Remüs gestatteten die Kompensation eines liquiden Guthabens mit einer liquiden Schuld der nämlichen Gattung und Beschaffenheit.

§ 369.

Verjährung.

Alle aus privatrechtlichen Verträgen [1]) entsprungenen persönlichen Klagerechte, für welche in diesem Gesetz nicht kürzere Verjährungsfristen festgesetzt sind (§ 345, 346 und 347; 351, 432) erlöschen (verjähren) durch den Ablauf von 12 Jahren, [2]) wenn während dieser Zeit sie nicht entweder

a. gerichtlich anhängig gemacht wurden (Art. 55 der Z. P. O.) [3]) vorausgesetzt, daß die Klage nicht nachträglich, sei es ausdrücklich, sei es thatsächlich, fallen gelassen wurde; [4]) oder

b. von dem Schuldner oder dessen gesetzlichem Vertreter ausdrücklich oder thatsächlich anerkannt [5] wurden; oder

c. an den Gantrichter zur Auspfändung eingereicht, [6]) oder auf einen Rechnungsruf angemeldet wurden, vorausgesetzt, daß man sie nicht nachträglich fallen ließ. [7])

Tritt einer dieser Fälle ein, so wird dadurch die Verjährung unterbrochen und beginnt von Neuem zu laufen.

Zinszahlungen für eine Kapitalschuld gelten als Anerkennung auch des Kapitals.

Die Verjährung beginnt von dem Zeitpunkte an zu laufen, in welchem die Klage rechtlich möglich,[8]) d. h. die Forderung fällig war, oder, wenn sie an eine Kündung geknüpft ist, fällig hätte sein können, wofern der Gläubiger sofort von der Kündung Gebrauch gemacht hätte.[9])

Glücksscheinen (§ 167) beginnt jedoch die Verjährung erst von dem Zeitpunkte an zu laufen, in welchem der Schuldner in Folge neuer Erwerbungen hätte betrieben werden können, vorausgesetzt, daß der Gläubiger von denselben wußte oder wissen konnte.[10])

Die Verjährung ist vollendet mit Ablauf des letzten Tages der Verjährungsfrist.

Mit Pfand versicherte Forderungen verjähren bis auf den Werthbetrag des Pfandes nicht, so lange das Pfandrecht besteht.[11])

Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem solidarisch Verpflichteten gilt auch gegenüber den Mitverpflichteten.

Die Verjährung kann von dem Verpflichteten nur so lange und so weit als die Verpflichtung noch nicht erfüllt ist, vorgeschützt werden.[12])

Der Beweis der Verjährung liegt dem Verpflichteten (Beklagten), derjenige ihrer Unterbrechung dem Berechtigten (Kläger) ob. Die Verjährung wird von dem Richter nur auf Antrag der Parteien berücksichtigt.

[1]) Klagen, die in dem öffentlichen Rechte ihren Ursprung haben, können somit nicht verjähren, sind aber auch nicht Gegenstand der gerichtlichen Behandlung.

[2]) Vgl. Art 8 unseres Verjährungsgesetzes von 1851. Neuere Gesetze haben meist 10 Jahre. Es ist diese erlöschende Verjährung (praescriptio exstinctiva) wohl zu unterscheiden von der für Eigenthum und Servituten geltenden erwerbenden Verjährung (Erjährung Ersitzung, praescriptio acquisitiva, usucapio). Für persönliche Rechte gibt es keine erwerbende, sondern nur eine erlöschende Verjährung, d. h. nur einen Verlust des betreffenden Rechtes durch Nichtausübung desselben während eines gewissen Zeitraums.

[3]) Unsere Zivilprozeßordnung (Art. 55) fordert zur gerichtlichen Anhängigmachung blos: „daß der Kläger das Seinige gethan habe, um den gesetzlichen Vortritt vor dem Vermittleramt zu bewirken.“ Es muß dies daher zur Unterbrechung der Verjährung genügen. Das zürch. Gesetz begnügt sich damit nicht, sondern fordert die Durchführung der Klage (§ 1070); das soloth. Ges. (§ 1495) fordert Vorladung vor das Gericht; wogegen das preuß. L. R. (I. 9. § 551) die blose „Anmeldung der Klage“ bei dem Richter, das bern. Ges. (§ 1044) und nach ihm das luzerner und aargauer blos die „Anhebung des Rechtsstreites“ oder die „rechtliche Einforderung“ verlangen. Nach römischem Recht muß die Vorladung des Beklagten ausgewirkt worden sein (Thibaut § 1032). Was für die Fassung des Entwurfes hauptsächlich spricht, ist, daß weder der Zeitpunkt des Vortrittes vor Vermittleramt noch viel weniger derjenige des Vortrittes vor Gericht unbedingt von dem Kläger abhängt, daher er leicht in den Fall kommen könnte, eine erst kurz vor Ablauf der Verjährung eingereichte Klage lediglich durch Säumniß des Beamteten verlustig zu werden, wenn die Verjährung fortliefe.

4) Dieser Zusatz, der sich im ursprünglichen Entwurf nicht fand, wurde von der ersten Kommission beschlossen. Demnach genügt zur Unterbrechung nicht die Einleitung bei dem Vermittleramt, wenn der Klage keine Folge gegeben d. h. der Leitschein nicht innert der gesetzlichen drei Wochen bei der betreffenden Gerichtsstelle hinterlegt wird — womit indeß keineswegs ausgesprochen sein soll, daß durch diese Unterlassung, abgesehen von der Verjährung, das Klagrecht an sich verwirkt sein soll.

In dem ursprünglichen Entwurf hieß es ferner: „der gerichtlichen Anhängigmachung gleich zu achten ist die Kompromittirung der Streitsache." Dieser Zusatz wurde von der ersten Kommission gestrichen.

5) Eine thatsächliche (stillschweigende) Anerkennung begründen namentlich Abschlagszahlungen jeder Art, Zinszahlungen (für das Kapital), Stundungsgesuche u. s. w.

6) Das zürch. Ges. will auch hier, daß es bis zur Auspfändung gekommen sei (vgl Note 3).

7) Sobald, sei es zum Behufe der Konkurseröffnung sei es zum Behufe der blosen Vermögensbereinigung eine Masse entsteht resp. dafür eine obrigkeitliche Verwaltung angeordnet wird, kann der Schuldner bis zur Vollendung der Liquidation nicht mehr betrieben werden, was bekanntlich bei der großen Nachläßigkeit vieler Massaverwaltungen oft sehr lange dauert. Es darf daher der Gläubiger, der vielleicht seine Forderung kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist eingereicht hat, nicht in die Gefahr gebracht werden, daß sie während sie sich noch in Liquidation befindet d. h. bevor sie förmlich anerkannt oder zurückgewiesen ist, verjähre.

Wenn aber eine auf einen Rechnungsruf angemeldete Forderung wieder zurückgezogen wird, so wird die, die Verjährung unterbrechende Wirkung der Einlage wieder aufgehoben. — Der ursprüngliche Entwurf hatte keine Unterbrechung, sondern eine Stillstellung der Verjährung während der Dauer der Liquidation beantragt.

8) Auf die physische Möglichkeit kommt es somit nicht an und kommt die römische Rechtsregel: „non valenti agere non currit praescriptio", die übrigens hauptsächlich auf den Stillstand der Justiz Bezug hatte, hier nicht in Anwendung. Das zürch. Ges. (§ 1067 und 1068) modifizirt wegen eingetretener Hindernisse (besonders wegen Entfernung des Schuldners) sowohl den Beginn als den Ablauf der Verjährung Auch nach dem soloth. Ges. (§ 1490), das sich aber hierüber sehr vag ausdrückt, wird durch eingetretene Hindernisse der Lauf der Verjährung gehemmt. Allein einerseits wird dadurch in die Verjährungslehre ein schädliches Schwanken gebracht, anderseits ist zu dieser Ausnahme bei uns um so weniger ein reelles Bedürfniß vorhanden, als eine längere Abwesenheit des Schuldners — der Fall, welcher am ehesten Berücksichtigung verdiente — bei uns kein Hinderniß für die gerichtliche Anhängigmachung der Klage ist, da solche ja, wenn sie gegen Kantonsbürger zu richten ist, laut Art. 22 der Z. P. O. an deren Heimathort angebracht werden kann und wenn sie gegen anderswo niedergelassene Kantonsfremde zu richten ist, ohnehin in foro domicilii angebracht werden muß.

9) Die Verjährung beginnt somit z. B. für ein mit Rückzahlungstermin gemachtes Darlehen von diesem Termin an; für ein mit halbjähriger Aufkündung gemachtes Darlehen ein halbes Jahr nach dem gemachten Darlehen: für ein ohne Rückzahlungs- oder Aufkündungsfrist gemachtes Darlehen von dem Datum des Letzteren an zu laufen; ferner läuft sie für eine an eine Bedingung geknüpfte Leistung von dem Eintritte der Bedingung an; für ein unbedingtes Rückkaufsrecht sofort mit dem Tage der Veräußerung; (in letzterer Beziehung ist zwar anderer Meinung Thibaut § 1020 S. dagegen Wangerow I. pag. 170) u. s. f.

10) Es ist dies der einzige Fall, in welchem der Grundsatz „non valenti agere non currit praescriptio" (demjenigen, der nicht klagen kann, läuft keine Verjährung) gewissermaßen zur Anwendung kommt, indem das gesetzlich konstatirte ökonomische Unvermögen des Schuldners als eine, den Lauf der Verjährung aufhaltende

faktische Behinderung zu klagen angesehen wird. Freilich wird der Zeitpunkt, in welchem der Fallit „in Folge neuer Erwerbungen hätte betrieben werden können", unter Umständen schwer zu ermitteln sein. Diese Bestimmung wurde von der ersten Kommission beschlossen. Das zürch. Ges. (§ 1070) läßt die Unterbrechung der Verjährung so lange fortdauern, bis der Gemeinschuldner rehabilitirt ist. Vgl. auch soloth. Ges. 1490.

[11]) So lange der Schuldner dem Gläubiger das Faust- oder Grundpfand läßt, anerkennt er stillschweigend seine Schuld, wenigstens so weit als das Pfand Deckung gibt. Da nun Grundpfänder so lange als rechtlich bestehend angenommen werden müssen als sie in dem Pfandprotokoll nicht ausgelöscht sind, so kann die Verjährung der entsprechenden Forderung nicht vor der Löschung der Hypothek beginnen. Vgl. österr. Ges. § 1483.

[12]) Da der Schuldner, selbst nach Ablauf der Verjährung die moralische Verpflichtung (naturalis obligatio) zu Erfüllung seiner Verbindlichkeit beibehält, kann er, wenn er letztere erfüllt hat, das Geleistete aus dem Grund der Verjährung nicht mehr als eine Nichtschuld zurückfordern.

Anmerk. Ueber die erlöschende (oder Klag-) Verjährung finden sich in unsern Statuten verschiedenartige, meist aber ziemlich vage Bestimmungen. Oberbund: „Wenn ein Kreditor ein unkanntliche Schuld in 12 Jahren nicht fordert oder kanntlich machet, soll dieselbe verwürkt haben." Das Churer St. R. kannte folgende Verjährungsfristen: 1) 7 Jahr für laufende Forderungen. 2) 2 Jahr für Forderungen herrührend von verkauften Waaren und gemachter Arbeit. 3) 2 J. für geliehene Sachen. 4) 10 J. für Kapitalzinsen und 5) 20 J. für das Kapital selbst. Fürstenau hatte ebenfalls 12jähr. Verjährung, wenn der Gläubiger die Schuld innert dieser Zeit nicht gefordert und „kanntlich gemacht" hatte. Obervaz hatte 12jährige Verjährung für jegliche Forderung. Avers eben so für Zinsen, die innert 12 J. nicht „gefordert" wurden. Auch längere Verjährungsfristen kommen mehrfach vor, z. B. im Oberhalbstein: „Ist gesetz wann einer lasset seine Gelts- oder Pfandes-Pretension oder zugefallenes Erb (da es streitig u. nit kandlich ist) länger dann 15 Jahr nach einander anstehend unerforderet mit Gericht und Recht, der hat keine rechte mehr darzu, vorbehalten ob er genugsam kundschaften nnd klaren bericht aufweisen mochte, das im Rechte die Obrigkeit wohl daran kommen könnte. Auch ob einer auß dem Gerichtskreis ist oder ein Weißling wäre, solche sind hierin nit begriffen" (demnach galt die Verjährung nur bedingungsweise). Kapitalzinsen aber verjährten in 12 J., wenn der Gläubiger sie nicht gefordert hatte. Poschiavo hatte die sonderbare Bestimmung, daß Schuldscheine (carte d'obligationi o vero de socidi) nicht länger als 15 J. gültig sein sollen. Im Uebrigen galt eine 30jährige Verjährung für alle Forderungen, ausgenommen für die pfandrechtlich versicherten („le azioni veramente ipotecate e obligate"), die in 10 bez. 20 Jahren verjähren und „le ragioni de dotte, legati, testamenti", die in 40 Jahren verjähren. Die Oberengad. St. erklärten den Gläubiger, wenn er seine Rechnung mit dem Schuldner nicht innert 5 J. erneuerte, der Zinsen, und wenn er sie nicht innert 10 Jahren erneuerte, auch des Kapitals verlustig. Anno 1722 wurde dies dahin abgeändert, daß nach Ablauf von 5 Jahren nur 2% Zins sollen verlangt werden können, für Kapital und Zins aber eine 15jährige Verjährungsfrist gelte. Obtasna hatte eine Verjährung des halben Zinses, des ganzen Zinses und von Kapital und Zins, wenn die Forderung nach dem Tod des Schuldners nicht innert 2, 5 und bez. 10 Jahren geltend gemacht wurde. Remüs endlich hatte eine 10jährige Verjährungsfrist, wenn während dieser Zeit weder Bezahlung noch abzurechnen begehrt wurde. Außerdem wurde, wahrscheinlich um in die bunte Mannigfaltigkeit der statutarischen Bestimmungen Gleichförmigkeit zu bringen, durch ein Landesdekret vom 12. Januar 1668, welches jedoch nur die Auffrischung eines schon früher erlassenen gewesen zu sein scheint, verordnet, „daß wann Jemand ein Ansprach innert 12 Jahren nicht fordern thue, dieselbe verwürkt haben solle." Es scheint aber nicht, daß diese Verordnung je gegenüber den Statuten unbestrittenes gesetzliches Ansehen erlangte. —

Man ersieht aus obigen Anführungen, daß fast durchweg schon das blose Fordern einer Leistung die Unterbrechung der Verjährung bewirkte.

Zweites Kapitel.

Die besonderen Verträge.

I. Einseitige (unentgeltliche) Verträge.

A. Schenkung.

§ 370.

Allgemeine Bestimmungen.

Die Schenkung [1]) ist derjenige Vertrag, wodurch eine Person (der Schenker) einer andern (dem Beschenkten), in der Absicht, sie zu bereichern, [2]) und zwar ohne rechtliche Verpflichtung [3]) und ohne Entgelt, sei es eine Sache zu Eigenthum überläßt, sei es eine, persönliche oder dingliche, Berechtigung abtritt, [4]) sei es endlich eine, persönliche oder dingliche, Verpflichtung nachläßt. [5])

Die Schenkung wird nicht vermuthet, sondern muß aus den Erklärungen der Kontrahenten oder aus den Umständen erwiesen werden.

Geht aus den Umständen mit Sicherheit hervor, daß ein entgeltlicher Vertrag zur Verhüllung einer Schenkung dienen sollte, so wird letztere, so weit die Leistung ohne Gegenleistung geblieben ist, angenommen. [6])

Das Schenkungsversprechen ist derjenige Vertrag, wodurch sich einer zu einer Schenkung verpflichtet.

[1]) Schenkungen erfolgen gewöhnlich ohne vorausgegangenes Schenkungsversprechen, so daß der Vertrag und dessen Vollziehung zusammen fallen. Ging ein Schenkungsversprechen voraus, so ist die Schenkung die Vollziehung desselben.

[2]) Es ist dieses ein wesentliches Merkmal der Schenkung. Wer z. B. in einem Vergleich wissentlich zu mehr sich verpflichtet, als er schuldig ist, schenkt deßhalb nicht, insofern er es nicht in der Absicht thut, den Andern zu bereichern, sondern um die Verdrießlichkeiten, Kosten u. s. w. eines Prozesses zu vermeiden. Vgl. Savigny Syst § 153.

[3]) Der Erbe, der in Folge letztwilliger Verfügung des Erblassers ein Legat auszahlt, leistet dieses zwar unentgeltlich, aber in Folge einer ihm auferlegten Verpflichtung.

[4]) Gewöhnlich kommt die Schenkung als eine Form der Eigenthumsübertragung vor. Sie kann aber auch so vorkommen, daß zu Gunsten eines Andern eine dingliche oder persönliche Dienstbarkeit, z. B. ein Weid- und Beholzungsrecht, ein Nießbrauch oder auch ein Grundzins unentgeltlich konstituirt wird. Im ursprünglichen Entwurf hieß es: „eine dingliche Berechtigung überläßt". Eine Schenkung kann ferner auch so erfolgen, daß A eine Forderung, die er gegen B hat, an C unentgeltlich abtritt.

[5]) Wenn z. B. dem Pächter oder dem Miether oder dem Borger der Zins oder dem Käufer der Kaufschilling oder dem Besteller einer Arbeit der Arbeitslohn erlassen wird, so sind das eben so wohl Schenkungen, wie wenn der Zins, Kaufpreis oder Arbeitslohn in Empfang genommen und alsdann erst schenkungsweise zurückgestellt würde.

[6]) Es kommt häufig vor, daß eine Schenkung durch einen andern Vertrag maskirt wird, indem z. B. A dem B eine Sache verkauft und den Preis dafür erhalten zu haben bescheinigt, ungeachtet nichts bezahlt wurde oder indem die Sache weit unter ihrem wirklichen Werthe verkauft wird. Namentlich kommt dies vor, um einen Erben vor andern zu bevorzugen oder um einen Erben zum Nachtheil der Gläubiger zu bedenken. In solchen Fällen muß (im Einklang mit § 323) das Verhältniß nach seiner wahren und nicht nach seiner simulirten Natur beurtheilt werden, so daß im ersteren Falle eine reine Schenkung, im zweiten aber eine solche für den Mehrwerth des verkauften Gegenstandes anzunehmen ist. Wird also ein Haus, das 30,000 gilt, für 10,000 verkauft, so wird, wenn die Absicht zu schenken überhaupt erwiesen ist, eine Schenkung von 20,000 anzunehmen sein. Vor der leichtfertigen Supposition einer Schenkung warnt übrigens die vorausgehende Bestimmung.

Anmerk. Die Poschiaver St. gestatteten formlose Schenkungen blos bis auf den Betrag von 3 Pfd. Größere Schenkungen konnten nur vor dem Podestat und mit dessen Bewilligung mittelst notarilischer Verschreibung gültig erfolgen.

§ 371.

Beschränkung der Schenkungen.

Das Recht zu schenken ist beschränkt durch die Verpflichtungen des Schenkers [1])

1. gegenüber seinen Gläubigern;
2. gegenüber denjenigen, die ihn im Armuthsfalle unterstützen müssen;
3. gegenüber seinen Notherben.

[1]) So weit einer handlungsfähig ist und die Pflichten gegen Dritte nicht verletzt, soll er, wie in anderer Beziehung, so auch mittelst Schenkung unbeschränkt über sein Vermögen verfügen können Allein die Schwierigkeit besteht eben darin, die Linie zu ziehen: das Schenkungsrecht gegen möglichen Mißbrauch zu begrenzen, ohne der persönlichen Freiheit zu nahe zu treten.

§ 372.

Schädigung der Gläubiger.

Eine rechtswidrige Schädigung der Gläubiger wird hinsichtlich derjenigen Schenkungen angenommen, die der, später in Konkurs

Gerathene zu einer Zeit, als er schon materiell insolvent war, oder mit Ueberschreitung des Betrages seines reinen Vermögens machte. [1])

Vorbehalten sind hiebei der Sitte und dem Anstand angemessene kleinere Geschenke und mäßige Belohnungen von Dienstleistungen. [2])

[1]) Der Fall, daß Einer, der sich passiv weiß, vor Ausbruch des Konkurses auf Kosten seiner Gläubiger durch offene oder verdeckte Geschenke seine Erben zu bedenken sucht, kommt häufig vor. Es ist aber der Gerechtigkeit sowohl als der öffentlichen Moral angemessen, daß solchem Unterschleif möglichst begegnet werde. Im röm. R. gab die sog. Actio Pauliana dazu Mittel in die Hand, wodurch alle von dem Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger arglistig gemachten Veräußerungen (also mit Inbegriff der Schenkungen) innert einem Jahr unbedingt und später soweit der Empfänger noch bereichert war, angefochten werden konnten. Rücksichten auf die persönlichen Rechte des Schuldners, so lange er noch aufrechtstehend ist, die Wünschbarkeit, Vertragsverhältnisse nicht zu lange schwebend zu erhalten so wie endlich die rechtlichen Komplikationen, die sich durch ein zu weites Zurückgreifen auf vorausgegangene Verfügungen des Gemeinschuldners unausweichlich ergeben müßten, bestimmten die neueren Gesetze, von jenem röm. Rechtsinstitut entweder gänzlich abzusehen oder wenigstens dasselbe bedeutend einzuschränken. Nach preuß. L. R. (I. 11. § 1129) können die während Eines, nach dem soloth. Ges. (§ 1319) die während fünf Jahren vor Eröffnung des Konkurses gemachten Geschenke von den Gläubigern zurückgefordert werden. Der ursprüngliche Entwurf hatte folgende Bestimmung beantragt: „Eine rechtswidrige Schenkung der Gläubiger wird hinsichtlich derjenigen Schenkungen angenommen, die innert Jahresfrist vor Eröffnung des Konkurses des Schenkers erfolgten, und es können demnach solche, und zwar je die späteren zuerst, von den Gläubigern, so weit es ihre Deckung erheischt, als ungültig angefochten werden." Die erste Kommission beschloß die Fassung des Gesetzestextes, wonach die Gläubiger: 1) alle Schenkungen anfechten können, die der Konkursant zu einer Zeit machte, als er nachweisbar schon materiell insolvent war und 2) wenn auch diese materielle Insolvenz noch nicht sollte bestanden haben oder nicht erweisbar sein sollte, alle Schenkungen, die den Betrag des reinen Vermögens überschritten, aber auch nur so weit sie diesen überschritten.

§ 373.

Schädigung der Unterstützungspflichtigen.

Eine rechtswidrige Schädigung der Unterstützungspflichtigen wird, falls die Bevormundung des Schenkers wegen Verschwendung nöthig wird, hinsichtlich der innert Jahresfrist vor verhängter Bevormundung erfolgten Schenkungen angenommen, in so fern durch dieselben der Schenker sich der Gefahr aussetzte, seinen Verwandten (§ 68) oder der Heimathgemeinde wegen Armuth zur Last zu fallen. [1]) Es können demnach jene Geschenke von dem Vormund zurückgefordert werden, mit Vorbehalt der in § 372 ausgenommenen.

[1]) Nach § 68 haben die nächsten Verwandten und sodann nach unserer Armenordnung die Gemeinden eine Unterstützungspflicht im Armuthsfall. Derselbe Rechtsgrund, der für den Schutz der Gläubiger (§ 372) und der Notherben (§ 374) spricht, gilt demnach zu Gunsten der Unterstützungspflichtigen, die möglichst dagegen zu sichern sind, daß ihnen Jemand in Folge leichtsinniger Verschenkungen (z. B. eines jungen Mannes an seine Geliebte) zur Last falle. Es wird aber dieses Recht der eventuell zur Unterstützung Berufenen in soweit eingeschränkt, als es

1) nur im Fall der Schenker bevogtet wird;

2) ihnen derselbe wirklich zur Last zu fallen droht und
3) nur hinsichtlich der im vorausgegangenen Jahre erfolgten Geschenke geltend gemacht werden kann.

Konstiren einmal Schenkungen von solcher Erheblichkeit, daß sie einen für die eventuell Unterstützungspflichtigen bedrohlichen Charakter erhalten, so wird es freilich für letztere nicht schwer halten, zeitig eine Bevogtung des Schenkers wegen Verschwendung zu provoziren. So lange aber diese nicht verhängt wurde, muß der Schenker in seinen Verfügungsrechten respektirt werden. Das zürch. Ges. § 1087 gestattet der Vormundschaftsbehörde, auch ohne daß die Gefahr der Verarmung des Schenkers vorläge, einen Widerruf der innert Jahresfrist gemachten Geschenke.

Das röm. R. hatte eine der hier beantragten verwandte Einrichtung, welche darin bestand, daß der Schenker bis zur vollzogenen Schenkung der Klage des Beschenkten die sog. Kompetenzeinrede (exceptio competentiae) entgegensetzen konnte. Analog damit berechtigt das preuß. L. R. I. 11. § 1124 den Schenker, im Armuthsfall 6% der Schenkung zurückzufordern. Es ist aber klar, daß weder Jenes noch dieses dem Zwecke entspricht.

§ 374.

Schädigung der Notherben.

Wird eine Schenkung unter Lebenden in der Absicht vorgenommen, die Bestimmungen des Erbgesetzes über den Pflichttheil (§ 509) zu umgehen, so kann dieselbe von den Notherben nach dem Tode des Erblassers als pflichtwidrig angefochten und in so weit in ihren Wirkungen aufgehoben werden, als der Pflichttheil verletzt erscheint. [1])

Auf die pflichtwidrige Absicht ist namentlich zu schließen:

a. wenn die Schenkung im Angesichte des Todes gemacht wurde;
b. wenn der Schenker sich bis zu seinem Tode den Widerruf vorbehalten hat;
c. wenn zwar der Schenker die Schenkung unwiderruflich gemacht, aber zugleich dafür gesorgt hat, daß die Schenkung nicht ihm selbst, sondern erst seinen Erben fühlbar werde. [2])

Bei Beurtheilung der Frage, in wie weit eine Schenkung aus dem angegebenen Grunde pflichtwidrig sei, ist der Nachlaß des Schenkers maßgebend, zu welchem Zwecke derselbe mit dem Betrage der fraglichen Schenkung zusammen zu rechnen und danach der Pflichttheil (§ 509) zu ermitteln ist. Ergibt sich dem zufolge eine Verletzung des Pflichttheils, so bildet das zu dessen Ergänzung Erforderliche die Summe, die von der fraglichen Schenkung in Abzug gebracht und zurückgefordert werden kann. [3])

Stehen mehrere in rechtswidriger Absicht gemachte Schenkungen, wenn auch an verschiedene Personen, in Frage, so sind dieselben zusammenzurechnen und als Eine Schenkung zu beurtheilen. [4])

[1]) Dieser § veranlaßte bei der zweiten Kommission eine lange Erörterung. Der von der ersten Kommission gutgeheißene Entwurf lautete mit Bezug auf den ersten Theil des Art. 374 verschieden, nämlich: „Eine rechtswidrige Schädigung der Notherben (§ 509) findet in so weit statt als der Schenker mit Einem Male oder in mehreren Malen an dieselbe Person mehr verschenkt als worüber er letztwillig verfügen könnte. Die Gesammtheit der an dieselbe Person gemachten Schenkungen ist hiebei als Eine Schenkung zu behandeln.“ Die Kommission beschloß aber diese Fassung durch die

§§ 1079 und 1080 des zürch. Ges. zu ersetzen. Der Hauptunterschied zwischen der Fassung des Entwurfes und obiger des zürcher Ges. besteht darin, daß nach ersterer es auf die Absicht des Schenkers, seine Erben zu benachtheiligen gar nicht ankommen, vielmehr einfach untersagt werden sollte, an die nämliche Person, wenn auch in verschiedenen Malen mehr zu schenken als worüber letztwillig verfügt werden darf; während nach obigen dem zürcher Gesetz enthobenen Bestimmungen behufs Anfechtung einer Schenkung, außer dem Beweis, daß der Betrag der letzteren jenes Maß überschreite, auch noch der Beweis erforderlich ist, daß die Schenkung in rechtswidriger Absicht d. h. in der Absicht, damit die Notherben zu schädigen, erfolgte. Hiemit ist die Anfechtbarkeit von Schenkungen (wogegen nichts einzuwenden ist) wesentlich beschränkt, aber wohl auch mehr Anlaß zu Streitigkeiten gegeben. — Es ist übrigens wohl zu beachten, daß auch eine rechtswidrige Schenkung nicht unbedingt, sondern nur so weit als durch sie der Pflichttheil verletzt wird, aufgehoben werden kann. Wenn also A von seinem ererbten Vermögen von Fr. 20,000 an B eine pflichtwidrige Schenkung von Fr. 5000 macht, so kann der Sohn C dieselbe nicht ganz umstoßen, sondern nur deren Herabsetzung auf Fr. 2000 (worüber, als über den $^1/_{10}$ des ererbten Vermögens, A hätte gültig testiren können) verlangen.

²) Obige Fälle sind die im § 1080 des zürch. Ges. aufgezählten mit dem Unterschied jedoch, daß nach letzterem sie die einzigen sind, in welchen eine rechtswidrige Absicht des Schenkers überhaupt anzunehmen ist, während nach obiger Fassung auf eine rechtswidrige Absicht nur vorzugsweise in den genannten Fällen zu schließen ist, womit für andere Fälle der Beweis der rechtswidrigen Absicht nicht ausgeschlossen ist.

Als Beispiel für den sub c erwähnten Fall führt Bluntschli in seinem Kommentar an: „Wenn der Schenkgeber zinsbare Kapitalien so verschenkt, daß er sich den vollen Zinsgenuß derselben auf Lebenszeit sichert."

³) Auch nach röm. Recht waren Schenkungen, wodurch der Pflichttheil verletzt wurde, anfechtbar (durch die querela inofficiosae donationis), mit dem Unterschiede jedoch, daß behufs Ermittlung der Pflichtwidrigkeit der Stand des Vermögens, das der Schenker zur Zeit der Schenkung besaß, zunächst maßgebend war, so zwar, daß eine spätere, die Verletzung des Pflichttheiles ausgleichende Vermögensmehrung zu Gunsten der Schenkung in Anschlag kam. Ohne Zweifel ist dies grundsätzlich das Richtigere. Dessenungeachtet haben die neueren Gesetzgebungen allgemein (*Code Nap.* § 922 und 923; preuß. L. R. I. 11. § 1113; berner Ges. § 727; soloth. Ges. 1314; zürcher Ges. § 1082 u. s. w.) den Nachlaß als maßgebend angenommen, und zwar aus leicht begreiflichen praktischen Gründen, indem ein genügender Nachweis des Vermögens-Bestandes zur Zeit der Schenkung den Erben oft unmöglich wäre.

⁴) Die Berechnung würde somit folgendermaßen stattfinden. Gesetzt, der Vater A habe dem Sohn B in rechtswidriger Absicht Fr. 20,000 geschenkt; er hinterlasse sodann seinen Kindern B, C und D noch Fr. 40,000, so sind, um zu ermitteln, ob und in wie weit der Pflichttheil von C und D durch die Schenkungen an B verletzt sei, die Fr. 40,000 und Fr. 20,000 zusammenzurechnen: gibt Fr. 60,000; hievon ist der Pflichttheil — vorausgesetzt, daß das Ganze ererbt sei — Fr. 54,000 ($^9/_{10}$); somit muß B Fr. 14,000 an die Masse verguten.

Anmerk. Die Einsprache der Erben gegen übermäßige Schenkungen ist übrigens im deutschen Rechte noch weit mehr als im römischen begründet. Denn nach altem deutschen Volksrechte hatten die Erben ein Einspruchsrecht gegen jede Veräußerung, besonders auch gegen jede Schenkung von ächtem Eigenthum (unter Lebenden und von Todeswegen), vorbehalten die Fälle „ächter Noth" des Veräußerers oder Schenkers, indem man den Erben gleichsam ein ruhendes Miteigenthum an dessen Vermögen, besonders an dessen ererbtem Gute, zuerkannte. (Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. § 57.)

§ 375.

Rechtsmittel der Notherben.

Pflichtwidrige Schenkungen können die Notherben, so weit sie ihren Pflichttheil verletzen, innert Jahresfrist nach Antritt der Erbschaft anfechten. [1])

Ihnen steht ferner während Lebzeiten des Schenkers zu, [2]) im Falle sie von einer muthmaßlich [3]) pflichtwidrigen Schenkung Kenntniß erhalten, bei dem Beschenkten Verwahrung einzulegen und je nach Umständen Sicherstellung ihrer Rechte zu verlangen.

[1]) Nach dem Tode des Schenkers ist eine möglichst rasche Bereinigung allfällig schwebender Schenkungen wünschbar. Nach deutschem Volksrechte mußte der Einspruch der Erben gegen Veräußerungen (besonders Schenkungen) innert Jahr und Tag (1 Jahr 6 Wochen 3 Tagen) nachdem sie erfolgten, stattfinden. (Eichhorn, St. und R. G. § 57 und 359.)

[2]) Es wird dies namentlich in Fällen, in denen Verschleppungen oder Verarmung des Beschenkten zu befürchten sind, am Platz sein. Vgl. zürch. Ges. § 1080.

[3]) Denn bis zum Anfall der Erbschaft läßt sich der Pflichttheil nicht sicher berechnen.

§ 376.

Haftbarkeit des Beschenkten.

In Fällen, in welchen eine Schenkung ganz oder theilweise als ungültig angefochten wird, haftet der Beschenkte, wenn er nicht von ihrer Rechtswidrigkeit wußte oder wissen mußte, als redlicher Besitzer (§ 216), beziehungsweise so weit er zur Zeit der Anfechtung noch bereichert ist. [1])

[1]) Er haftet somit, wenn er nicht (zufolge des vorigen Art.) zur Sicherstellung angehalten wurde, auch nicht für die Hauptsache, wenn er sie (etwa weil sie unterging) nicht mehr besitzt und er dadurch auch nicht mehr bereichert ist. Leistete er dagegen Sicherheit, so hat er dessenungeachtet die bezogenen Früchte nicht zu vergüten.

§ 377.

Schenkungsversprechen.

Aus einem Schenkungsversprechen kann nur, wenn es schriftlich verfaßt ist, auf Erfüllung geklagt werden, [1]) und zwar im Zweifel nur von dem Beschenkten, nicht von dessen Erben und nur gegen den Verpflichteten, nicht gegen dessen Erben. Schenkungsversprechen, die auch für die Erben des Versprechenden verbindlich sein sollen, sind als Schenkungen auf den Todesfall (§ 516) zu behandeln. [1])

Mit Eröffnung des Konkurses über den Pflichtigen werden Schenkungsversprechen von Rechtswegen aufgehoben. [3])

[1]) Die Gesetze suchen möglichst gegen die Folgen unüberlegter Schenkungsversprechen (wie solche namentlich in einem Sinnestaumel oft leichtsinnig abgegeben werden) zu schützen. Daher verlangte schon das römische Recht zur Gültigkeit der

Schenkungen größeren Belanges (von mehr als 500 solidi) eine gerichtliche Anzeige. Die neueren Gesetze dagegen verlangen zwar zur Gültigkeit von Schenkungen, die von Hand in Hand erfolgen, keinerlei Förmlichkeiten, weil die zu Vollziehung der Uebergabe erforderliche Zeit und Ueberlegung in der Regel wohl hinreichend geeignet sind, um von allfällig übereilten Anwandlungen zurückzubringen; dagegen fordern sie zur Gültigkeit von Schenkungsversprechen die Schriftlichkeit derselben als Gewähr, daß sie auf einem überlegten Entschlusse beruhen. Das preuß. L. R. verlangt sogar einen gerichtlichen und der *Code Nap.* einen notarilisch verfaßten Vertrag.

²) Schenkungsversprechen sind überhaupt möglichst strikte zu interpretiren. Was insbesondere obige Einschränkungen betrifft, so ist zu bemerken:

a) daß Schenkungen in der Regel in einem persönlichen Verhältnisse des Schenkers zu dem Beschenkten (besonderer Zuneigung, Freundschaft, Dankbarkeit u. s. w.) ihren Ursprung haben, daher zu vermuthen ist, daß der Schenker die versprochene Schenkung stets zunächst der Person des zu Beschenkenden, nicht aber, wenn dieser vor Vollziehung der Schenkung starb, auch dessen Erben zugedachte; und

b) daß eine, von den Erben des Schenkers zu vollziehende Schenkung nicht mehr eine Schenkung unter Lebenden, sondern eine Schenkung von Todeswegen wäre, eine solche aber einer ausdrücklichen, über den Tod des Schenkers hinausreichenden Verfügung, somit zufolge § 516 der Testamentsform bedarf. Vgl. österr. Gesetz § 956 und soloth. Gesetz § 1308.

³) Da im Falle des Konkurses sogar vollzogene Schenkungen angefochten werden können (§ 372), ist es wohl selbstverständlich, daß Schenkungsversprechen nach ausgebrochenem Konkurse nicht mehr zur Vollziehung gelangen sollen. Vgl. soloth. Ges. § 1308 und zürcher Ges. § 1093.

Anmerk. 1. Von dem nach röm. R. zuläßigen Widerruf von Schenkungen wegen Undankbarkeit wurde absichtlich in diesem Gesetz nicht gesprochen, von der Ansicht ausgehend, daß die Undankbarkeit in das moralische und nicht in das Rechts-Gebiet gehöre und daß die Gesetze das Ihrige gethan haben, wenn sie Uebereilungen und Verletzung der Rechte Dritter durch Schenkungen möglichst zu verhindern trachten.

Anmerk. 2. Schenkungen zwischen Ehegatten sind nach diesem Entwurf innert den für Schenkungen überhaupt gesteckten Grenzen zuläßig. Vgl. Note 2 zu § 48.

B. Hinterlegungs- (Aufbewahrungs-) Vertrag. (Depositum.)

§ 378.

Allgemeine Bestimmungen.

Durch den Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich derjenige, bei welchem eine bewegliche Sache ¹) hinterlegt wird (der Depositar), dieselbe während der bedungenen oder der Natur des Geschäftes entsprechenden Zeit aufzubewahren, und zu verwahren und auf jedes Verlangen des Hinterlegers ²) unversehrt zurückzustellen.

Die Aufbewahrung ist im Zweifel unentgeltlich. ³) Für Nichterfüllung des Vertrages haftet der Depositar und zwar mit beson-

derer Berücksichtigung, ob der Vertrag entgeltlich oder unentgeltlich war, nach Maßgabe der §§ 338 und 339. [4])

Wenn der Hinterleger (Deponent) den Depositar von den ihm in einem Verschlusse übergebenen Gegegenständen gar nicht oder nicht gehörig in Kenntniß setzt, beziehungsweise auf Verlangen vorweist, so hat er die Folgen einer dem Inhalte nicht entsprechenden Sorgfalt in der Aufbewahrung selbst zu tragen. [5])

[1]) Auch das röm. Recht verlangt zum Depositum eine bewegliche Sache. Dagegen lassen das österr. Ges. § 960 und das preuß. L. R. I. 16. § 234 (letzteres freilich nur bei dem gerichtichen Depositum) auch die Hinterlegung unbeweglicher Sachen zu. Da jedoch der charakteristische Zweck des Depositums die Gewahrsam der hinterlegten Sache ist, dieselbe aber auf unbewegliche Sachen sich kaum ausdehnen läßt, können letztere auch nicht eigentlicher Gegenstand der Hinterlage sein, vielmehr werden darauf bezügliche Aufträge (z. B. Verwahrung der Schlüssel, Schließung der Thüren und Fenster) dem Mandat anheimfallen.

[2]) Da das Depositum ein einseitiger lediglich im Interesse des Deponenten abgeschlossener Vertrag ist, kann der Depositar die Rückgabe der Hinterlage, selbst wenn sie innert der bedungenen Aufbewahrungsdauer gefordert wird, nicht verweigern, wohl aber Schadloshaltung für die durch die unzeitige Rückforderung ihm nachweisbar verursachten Nachtheile fordern (vgl. Note 2 zu § 380).

[3]) Das röm. Recht fordert unbedingt Unentgeltlichkeit, so daß jeder entgeltliche Hinterlegungsvertrag als ein Lohndienstvertrag erschiene. Allein das neuere Recht neigt sich zu der Ansicht, daß ein für das Depositum bedungenes Entgelt zwar wohl die Haftbarkeit des Depositars verschärfe, aber den Charakter des Vertrages, sobald damit nichts anderes als die Verwahrung bezweckt wird, nicht ändere. Darüber, ob der Vertrag entgeltlich oder unentgeltlich gemeint war, werden übrigens nicht blos ausdrückliche Stipulationen, sondern auch die Umstände entscheiden, und letztere werden allerdings in einer Zeit, in welcher die meisten Bemühungen nur gegen Bezahlung geschehen, oft auf die Entgeltlichkeit schließen lassen.

[4]) Aus den §§ 338 und 339 ergibt sich, daß der nicht honorirte Depositar, eben weil er aus dem Vertrage keinen Nutzen zieht, in der Regel nur für grobe, der honorirte aber, weil seine Verantwortlichkeit durch das Entgelt geschärft wird, auch für geringe Fahrläßigkeit haftet.

[5]) Die Sorgfalt des Depositars wird sich in der Regel nach dem Werthe und der Beschaffenheit der ihm anvertrauten Gegenstände richten. Wenn daher der Deponent dem Depositar ein verschlossenes Kistchen zur Aufbewahrung übergibt, ohne ihm zu sagen, daß es Kostbarkeiten enthält, und letztere sodann, weil der Depositar die zu deren Verwahrung erforderliche gesteigerte Sorgfalt unterläßt, entwendet werden, so ist es billig, daß der Deponent seine Fahrläßigkeit selbst entgelte. Aehnlich verhält es sich, wenn einem Fuhrmann eine Kiste übergeben, ihm aber verschwiegen wird, daß sie Glaswaaren enthalte und letztere in Folge unpassender Behandlung zu Grunde gehen. Vorbehalten bleiben freilich die Fälle, in denen der Depositar arglistig verfuhr oder gar der Verdacht eines Verbrechens (Unterschlagung, Veruntreuung) auf ihn fällt. Einem Grundsatze verschiedener Rechtslehrer (s. Thibaut § 551) folgend, heben neuere Gesetze (österr. Ges. § 966, preuß. L. R. I. 14. § 26—34, zürch. Ges. § 1141) den Fall hervor, in welchem der Depositar eine ihm verschlossen übergebene Sache erbrochen zurückgibt, indem sie alsdann wegen des, auf den Depositar fallenden Verdachtes dem Deponenten gestatten, selbst den Inhalt durch Eid zu beweisen. Es kommt aber hier Alles auf die Umstände an: wird der Depositar einer verbrecherischen Handlung verdächtig, so wird die Sache ohnehin nicht nach zivilrechtlichen Grundsätzen behandelt, sondern fällt dem Strafrecht anheim. Ist dies nicht der Fall, so wird der Deponent den Inhalt des Verschlusses nach Anleitung des Zivilprozesses zu beweisen haben.

§ 379.

Gebrauch der Hinterlage.

Der Depositar darf die ihm anvertraute Sache ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Hinterlegenden nicht gebrauchen.

Die stillschweigende Einwilligung dazu wird vermuthet, wenn der Hinterleger dem Depositar eine Summe Geldes offen übergibt, in welchem Falle angenommen wird, daß der Depositar nur zu Erstattung des erhaltenen Betrages verpflichtet werden wollte. [1])

Wird die anvertraute Sache mit Einwilligung des Hinterlegers von dem Depositar gebraucht, so haftet dieser wie für eine geliehene Sache [2]) (§§ 393 und 394); wird sie von ihm ohne Einwilligung des Hinterlegers gebraucht, so haftet er hinsichtlich des durch den unerlaubten Gebrauch verursachten Schadens nach den Grundsätzen des unredlichen Besitzes (§ 217). [3])

[1]) Vgl. Thibaut § 551 und zürch. Ges. § 1143. Es gehört dies in die Kategorie der sog. unregelmäßigen Hinterlage (depositum irregulare). Umgekehrt verpflichtet der *Code Nap.* § 1932 den Depositar auch in diesem Falle zur Erstattung des anvertrauten Geldes in natura.

[2]) Das österr. Ges. § 958 und das preuß. L. R. I. 14. § 83 lassen das Depositum durch den erlaubten Gebrauch vertretbarer Sachen in ein Darlehen und durch denjenigen unvertretbarer Sachen in einen Leihvertrag sich verwandeln. Allein durch die genannten Verträge erwirbt der Borger selbständige Rechte auf den Gebrauch, was bei dem unregelmäßigen Depositum ja nicht der Fall ist. Das Richtige hieran ist blos, daß der Depositar wie für eine geliehene Sache d. h. aus einem unentgeltlichen Vertrag, somit auch für geringe Fahrläßigkeit haftet.

[3]) D. h. er haftet auch für den Zufall, wenn er nicht beweisen kann, daß dieser die Sache auch in dem Besitze des Deponenten getroffen haben würde. Vgl. österr. Ges. § 965, preuß. L. R. I. 14. § 85, berner Ges. § 734.

§ 380.

Rückgabe.

Ist der Depositar, ausdrücklich oder stillschweigend [1]) für eine bestimmte Zeit zur Aufbewahrung der Sache verpflichtet, so kann er sie erst nach deren Ablauf, sonst aber zu jeder Zeit dem Hinterleger zurückstellen.

Innert der bedungenen Aufbewahrungszeit kann der nur durch unentgeltlichen Vertrag verpflichtete Depositar denselben aufkünden, wenn er, in Folge unvorhergesehener Umstände, ihn fortan nur mit eigenen, beziehungsweise erhöhten, Kosten erfüllen könnte. [2])

[1]) Die stillschweigende Bestimmung der Vertragsdauer wird sich namentlich aus dem Zwecke der Hinterlage ergeben.

[2]) Die absolute Unmöglichkeit der Verwahrung, z. B. wenn die Lokalitäten, in welchen die Sache verwahrt war, durch Brand untergehen und andere dazu geeignete selbst um Geld nicht sofort erhältlich sind, enthebt den Depositar schon nach allgemeinen Grundsätzen seiner Verpflichtung. Allein es muß dies auch angenommen werden, wenn der nur durch unentgeltlichen Vertrag verpflichtete Depositar fürder die Sache nur mit eigenen oder mit größeren, als den bisherigen, Kosten verwahren

könnte (z. B. wenn er, nach Untergang seiner Remise eine andere für Verwahrung des anvertrauten Wagens miethen müßte). Das österr. Ges. § 962 sagt: „es wäre denn, daß ein unvorhergesehener Umstand ihn außer Stand setzte, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachtheil zu verwahren.

Anmerk. 1. Daß der Depositar für die von dem Depositum herrührenden Forderungen an der ihm anvertrauten Sache ein Retentions- oder gesetzliches Pfandrecht habe, erhellt aus § 307 Ziff. 4. Aus andern Gründen darf er, außer auf richterlichen Befehl hin, die Rückgabe nicht verweigern, namentlich auch nicht, um die Kompensation geltend zu machen. — Zufolge § 341 versteht es sich ferner, daß, wenn der Deponent sich zur Empfangnahme des Depositums nicht stellen sollte, der Depositar sich durch gerichtliche Hinterlegung von seiner Verpflichtung befreien kann.

Anmerk. 2. Die Poschiaver St verpflichteten ausdrücklich den Depositar, die Sache selbst, wenn er Ansprüche darauf hätte, zurückzustellen und dieselben erst nachher geltend zu machen.

§ 381.

Fälle stillschweigender Hinterlage.

Aus einem stillschweigenden Hinterlegungsvertrage haften, und zwar nach den Grundsätzen eines entgeltlichen Vertrages: [1])

1. Gastwirthe hinsichtlich derjenigen Gegenstände, welche von Gästen erweislich bei ihnen eingebracht oder eingestellt wurden. [2]) Für eingebrachte Geldsummen und Kostbarkeiten haften sie jedoch nur, wenn sie ihnen persönlich übergeben wurden. [3])
2. Speditoren, Fuhrleute, Post- und Eisenbahnverwaltungen hinsichtlich derjenigen Gegenstände, die ihnen zur Versendung oder zum Transport übergeben wurden. Vorbehalten bleiben die besonderen Statuten der Post- und Eisenbahnverwaltungen, sofern sie gesetzmäßig bekannt gemacht wurden. [4])
3. Kommissionäre hinsichtlich der von den Kommittenten ihnen anvertrauten oder für sie erworbenen Waaren, und
4. Handwerker oder sonst durch Lohndienst Verpflichtete hinsichtlich der ihnen zur Verarbeitung oder zur Benutzung bei ihren Dienstleistungen anvertrauten Gegenstände.

[1]) Das röm. R. erwähnt des stillschweigenden Depositums blos mit Bezug auf Gastwirthe und Schiffer (welche letztere in unserm Kanton ohnehin nicht in Betracht kommen). Allein derselbe Rechtsgrund gilt auch gegenüber allen, durch Lohndienst Verpflichteten, denen eine Sache zum Behufe ihrer Dienstleistung anvertraut wird; denn es stehen alsdann dieselben sämmtlich in einem doppelten Vertragsverhältnisse, nämlich:

1) in dem Lohndienstverhältniß und
2) in dem Verhältniß von Depositaren.

So hat der Speditor einerseits die Pflicht, die Waare weiter zu befördern, anderseits aber auch, die Waare vor Schaden und Verlust zu bewahren; so hat ferner der Uhrenmacher nicht nur die Pflicht, die Uhr zu repariren, sondern auch sie zu verwahren; so hat endlich der Anwalt nicht nur die Pflicht, den übernommenen Prozeß zu führen, sondern auch die ihm anvertrauten Aktenstücke s. Z. unversehrt zurückzustellen. Freilich steht diesen Depositaren auch hinsichtlich der aus ihrem Lohndienstvertrage ent-

springenden Forderungsrechten ein Retentionsrecht an den anvertrauten Gegenständen zu, so daß sie nicht schuldig sind, dieselben vor Erfüllung ihres Lohndienstvertrages zurückzustellen. Obwohl nun diesen Depositaren für das Depositum kein bedungener Lohn zukommt, so ist die Hinterlegung dennoch deßhalb als eine entgeltliche anzusehen, weil sie nicht lediglich im Interesse des Deponenten, sondern eben so sehr in demjenigen des Depositars, dessen bezahlte Dienstleistung davon bedingt ist, geschieht.

²) Der ursprüngliche Entwurf forderte, daß das Einbringen „mit Vorwissen des Gastwirths oder seiner Angestellten" erfolge. Die erste Kommission strich diese Bedingung. Immerhin wird dem Gaste der Beweis des Eingebrachten dadurch sehr erleichtert werden, daß der Wirth oder dessen Angestellte davon wenigstens so weit Kenntniß erhalten, daß dem Geschädigten vorkommenden Falls der Schatzungseid (nach § 209 der Z. P. O.) anvertraut werden könnte.

³) Vorbehalten bleibt hiebei selbstverständlich die Verantwortlichkeit des Gastwirths für den durch seine Angestellten dem Gast verursachten Schaden zufolge § 471 Ziff. 1., wonach jeder Hausherr für den erweislich durch sein Gesinde verursachten Schaden haften muß. Sobald daher ein, durch das Hausgesinde erwiesener Diebstahl bewiesen wird, so muß der Gastwirth, aber nicht als Gastwirth, sondern als Hausherr, dafür haften, ohne Unterschied, ob der entwendete Gegenstand ihm übergeben wurde oder nicht.

⁴) Ueber ihre Haftbarkeit für abhanden gekommene Effekten haben Post- und Eisenbahnverwaltungen in der Regel eigene Statuten, die, insofern sie gesetzmäßig bekannt gemacht wurden, als allgemein verbindlich angesehen werden müssen, so daß wer jenen seine Effekten anvertraut, es stillschweigend unter den, als ihm bekannt anzusehenden Bedingungen thut. Daß diese Statuten oder Reglements auch an und für sich gesetzlich seien d. h. von der zuständigen Behörde ausgingen und nicht bestehenden Staatsgesetzen, Eisenbahnkonzessionen u. s. w. zuwiderlaufen, wird als selbstverständlich vorausgesetzt.

Anmerk. Nach den Poschiaver St. hafteten Wirthe (hostieri, tavernari e albergatori) unbedingt für die invecta, mochten diese ihnen persönlich zur Aufbewahrung übergeben sein oder nicht, wenn sie nur „menate, condotte e consignate a li suoi hospitii, sia di dentro sia di fuori" waren. Die Wirthe trugen immer die Gefahr der invecta (il pericolo di dette robbe sempre appartenga a li hostieri).

§ 382.

Gerichtliche Hinterlage.

Für gerichtliche Hinterlagen haftet das Amt, auch wenn es die Verwahrung durch Dritte besorgen läßt, wie aus einem entgeltlichen Hinterlegungsvertrag; ¹) es ist aber auch berechtigt, für die damit verbundene Bemühung und Verantwortlichkeit dem Hinterlegenden mäßige Gebühren zu berechnen. ²)

Sollten mit der Aufbewahrung eines Gegenstandes Kosten verbunden sein, so ist das Amt zu dessen Verwahrung blos insofern verpflichtet, als es für dieselben sicher gestellt wird. ³)

¹) Für gerichtliche Hinterlage haftet das Amt, da es zu deren Annahme eine selbständige Verpflichtung hat (§ 341) wie ein bezahlter Depositar, also auch für leichte Fahrläßigkeit. Haftbar wäre wohl zunächst die Gerichtskasse mit Regreß an den fahrläßigen Beamteten. Gibt das Amt die Sache einem Dritten in Verwahrung, so haftet hinwieder dieser ihm gegenüber sei es aus entgeltlichem sei es aus unentgeltlichem Vertrag, je nachdem er dafür bezahlt ist oder nicht.

²) Es ist dieses nichts als billig und entspricht anderswo bestehenden Uebungen. Eigene Reglements sollten aber das Verhältniß reguliren und vor Uebermaß schützen.

[3]) Z. B. bei Hinterlegung eines Pferdes, das bei einem Wirth eingestellt werden muß oder eines Wagens, zu dessen Aufbewahrung ein Lokal gemiethet werden muß. So weit der Werth des Pferdes oder Wagens reicht, wird sich freilich das Amt durch Retention und, wenn sie trotz ergangener Aufforderung von dem Deponenten nicht wollten in Empfang genommen werden, nach ergangener Anzeige an denselben, auch durch Veräußerung decken können. Sollte der Deponent unbekannt abwesend sein, so müßte eine Ediktalladung an ihn ergehen.

Anmerk. Empfehlenswerth im Interesse des Amtes sowohl als der Parteien wird es sein, Geldhinterlagen, die voraussichtlich längere Zeit dauern, bei der Kantonalsparkasse oder bei der Bank zinstragend anzulegen.

§ 383.

Sequester und Arrest.

Derjenige, bei welchem ein von Mehreren angesprochener Gegenstand zur Aufbewahrung bis Austrag der Sache hinterlegt wird, ist bis dahin ohne amtliche Weisung nicht berechtigt, denselben dem einen Theile ohne Einwilligung des oder der andern auszuhändigen.

Der Inhaber einer mit amtlichem Sequester oder Arrest belegten Sache haftet für dieselbe als Depositar für so lange, bis der Sequester oder Arrest gehoben wird, kann jedoch, wenn ihm die Fortdauer der Verfügung nachtheilig werden sollte, die verheftete Sache in amtlichen Gewahrsam, beziehungsweise zur amtlichen Aufsicht übergeben oder entsprechende Entschädigung verlangen. [1])

[1]) Dem unfreiwilligen Depositar kann noch weniger als dem freiwilligen zugemuthet werden, mit eigenem Nachtheil das Depositum fortzusetzen.

C. Bevollmächtigungsvertrag.

(Mandat.)

§ 384.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Bevollmächtigungsvertrag wird dadurch abgeschlossen, daß Einer (der Beauftragte, Mandatar) von einem Andern (dem Auftraggeber, Mandanten) den Auftrag (das Mandat) übernimmt, [1]) ein Geschäft in des Auftraggebers oder eines Dritten Interesse zu besorgen. [2])

Die Geschäftsbesorgung findet, wenn nicht ausdrücklich oder stillschweigend (wie bei Beruftreibenden) [3]) ein Lohn bedungen wurde, unentgeltlich Statt. [4])

Wurde ein Lohn bedungen, so wird der Vertrag im Zweifel als Lohnarbeitsvertrag behandelt. [5])

[1]) Daß diese Uebernahme auch stillschweigend erfolgen könne, versteht sich nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 319) von selbst, daher auch (was das

preuß., österr. und zürch. Gesetz ausdrücklich bestimmen) daß wer öffentlich zur Besorgung gewisser Geschäfte sich anerboten, daherige Anträge sofort ablehnen müsse.

²) Wurde der Auftrag im Interesse des Mandatars selbst ertheilt, so entsteht kein bindendes Vertragsverhältniß. Wurde er zum Theil im Interesse des Mandatars und zum Theil im Interesse des Mandanten ertheilt, so ist er nur bindend, so weit er das Interesse des letzteren beschlägt.

³) Eine solche stillschweigende Lohnbedingung findet namentlich dann statt, wenn Jemandem, der gewisse Aufträge nur gegen Lohn zu übernehmen pflegt, ein solcher ertheilt wird, z. B. einem Advokaten die Führung eines Prozesses. Vgl. österr. Ges. § 1004 und zürch. Gesetz § 1179.

⁴) In der ersten Kommission wurde an dieser Stelle von einem Mitglied beantragt, diese Rechtsvermuthung geradezu umzukehren und zu sagen, daß im Zweifel die Entgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung anzunehmen sei, indem heutzutage die Bezahlung von Bemühungen und Dienstleistungen die Regel und deren Unentgeltlichkeit die Ausnahme sei. Die Mehrheit der Kommission bezweifelte aber einerseits die unbedingte Richtigkeit dieser Behauptung, anderseits aber hielt sie dafür, daß dem Richter hinreichend freier Spielraum gelassen sei, um in vorkommenden Fällen aus den Umständen auf die Entgeltlichkeit des Vertrages zu schließen. Vgl. übrigens Note 3 zu § 378.

⁵) Wenn ein Auftrag zwar gegen Lohn übernommen wird, aber sich auf eine Dienstleistung bezieht, die keinen Marktpreis hat (in welchem Fall der Lohn „honorarium" heißt), so gilt der Vertrag nach röm. Recht nicht für einen Lohndienst-, sondern immer noch für einen einfachen Mandatsvertrag. Allein das Entscheidende ist, ob der Lohn in der Meinung bedungen wurde, damit die zu leistenden Dienste vollständig zu bezahlen oder nur um für dieselbe eine kleine, wenn auch der Dienstleistung bei Weitem nicht gleichkommende Entschädigung oder Anerkennung zu bestimmen. Im letzteren Falle (der z. B. bei schlecht honorirten Ehrenämtern eintritt) verliert der Vertrag nicht den Charakter des Mandats, was besonders hinsichtlich größerer oder geringerer Haftbarkeit des Beauftragten wichtig ist. Ob der Lohn ein zum Voraus fixirter war oder nicht, ist hiebei gleichgültig.

Anmerk. Lehrbücher des gemeinen Rechts (z. B. Thibaut § 518) und ihnen nach auch einige neuere Gesetze (z. B. das zürcher § 1161—1165) behandeln an dieser Stelle auch die Folgen der „Räthe" und „Empfehlungen" (besonders kaufmännischer). Allein dieselben begründen jedenfalls kein Vertragsverhältniß („quia liberum est cuique apud se explorare an expediat sibi consilium"), und zwar selbst dann nicht, wenn sie von Kunstverständigen ertheilt wurden, wofür einige Rechtslehrer eine Ausnahme machen, es wäre denn, daß dem Rath ein Mandats- oder Lohndienstvertrag zum Grunde läge. Werden schädliche Räthe arglistig ertheilt, so ist eine Schadensklage (actio de dolo) begründet und fallen sie in das Kapitel der Forderung aus Schädigung (des damnum iniuria datum) nach Anleitung des § 470.

§ 385.

Pflichten des Beauftragten.

Der Beauftragte hat bei Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäftes möglichst das Interesse des Auftraggebers zu wahren. Er darf, so weit es nicht das Interesse des Auftraggebers dringend erheischt, weder seinem Auftrag entgegen handeln, noch die Grenzen seiner Vollmacht überschreiten.¹) So weit²) er jenes oder dieses unberechtigter Weise thut, ist er als Geschäftsbesorger ohne Auftrag (§ 390) zu behandeln.

Wenn der Beauftragte, ohne durch den Auftraggeber oder die

Natur des Geschäftes dazu ermächtigt zu sein, sich in der Vollziehung seines Auftrags durch einen Andern vertreten läßt, so bleibt er für die Geschäftsführung des letztern dem Auftraggeber verantwortlich,[3]) war er aber dazu ermächtigt, so ist er nur für die in der Auswahl des Vertreters begangene Fahrlässigkeit, im Uebrigen aber der letztere selbst dem Auftraggeber verantwortlich.[4])

Der Beauftragte hat dem Auftraggeber über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen[5]) und ihm Alles, was er in Folge derselben erhielt oder erwarb,[6]) mit Vorbehalt des ihm allfällig zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes (§ 307)[7]) oder Kompensationsrechtes, unhinterstellig[8]) abzuliefern, beziehungsweise abzutreten.

[1]) Als eine erlaubte Ueberschreitung der Grenzen des Auftrages erklärt es das zürch. Ges § 1167, wenn sie unter Umständen geschieht, unter welchen anzunehmen ist, daß der Auftraggeber, wenn er diese gekannt hätte, dazu ermächtigt haben würde. Allein in solchen Fällen wird man wohl die Abweichung meist als eine von „dem Interesse des Auftraggebers dringend erheischte" oder als in der stillschweigenden Ermächtigung des Auftraggebers liegend ansehen können. So weit aber weder jenes noch dieses der Fall wäre, mag sie billig auf Wag und Gefahr des Beauftragten gehen.

[2]) Durch die Ueberschreitung wird somit nicht sofort das ganze Geschäft für den Auftraggeber unverbindlich, sondern zunächst nur so weit die Vollmacht überschritten ist. Hat daher z. B. der Beauftragte Kaffe zu Fr. 1. 10, statt, wie er beauftragt war, nur zu Fr. 1 gekauft, so bleibt der Mandant zu Uebernahme des Kaffe's immerhin verpflichtet, sofern der Beauftragte ihm den Kaffe zu Fr. 1 überläßt, beziehungsweise den Schaden der Ueberschreitung an sich trägt. Vgl. zürch. Ges. § 1170 L. 4. L. 5 § 3 und 4 D. mandati v c. (17. 1.)

[3]) Verschiedene Gesetzgebungen berechtigen den Mandatar in dringenden Umständen sich zu substituiren, so zwar, daß er nur für die Auswahl des Substituten haftet. Wenn aber das Substitutionsrecht weder ausdrücklich vorgesehen ist, noch in der Natur des Geschäftes als selbstverständlich liegend erscheint, so muß man annehmen, der Mandant habe nur der Person des von ihm Beauftragten sein Zutrauen schenken wollen und darf daher ein Substitutionsrecht nicht anders als auf Gefahr des Substituenten zugelassen werden. Sollten daher unvorhergesehene Umstände dem Mandatar die Vollziehung des Auftrages unmöglich machen, so mag er, nach Anleitung des § 390 den Auftrag aufkünden, in welchem Fall ihm die provisorische Substitution allerdings nicht nur gestattet, sondern unter Umständen sogar zur Pflicht gemacht ist. Praktisch stellt sich demnach die Sache so, daß der Mandatar, jedenfalls wenn unvorhergesehene Umstände eintreten, sich substituiren kann, dem Mandanten aber sofort davon Anzeige machen muß. Vgl. L. 8. § 3. D. mand. 17. 1. Puchta § 324.)

[4]) Unjuristisch ist die Bestimmung des *Code Nap.* § 1994, wonach dem Mandanten auch im ersteren Falle ein Klagrecht gegen den Substituten zusteht. Anders das preuß. L. R. I. 13. § 40.

[5]) Es versteht sich, daß der Mandatar diese Rechenschaft nicht nur am Schlusse der Geschäftsführung schuldet, sondern auch während derselben dem Mandanten Auskunft über deren Gang geben muß. Vgl. soloth. Ges. § 1288.

[6]) Hat somit der Mandatar in Ausführung des Mandats etwa auf seinen (des Mandatars) Namen Rechte erworben, so muß er diese dem Mandanten abtreten.

[7]) Dieses Retentionsrecht hat er nicht nur an den von dem Mandanten ihm zur Besorgung übergebenen, sondern auch an den in Folge des Mandats zu Handen des Mandanten zugekommenen Gegenständen.

7) Daraus folgt, daß er bei unberechtigter Zögerung in der Ablieferung Verzugszinsen zahlen muß. Vgl. zürch. Ges. § 1175.

Anmerk. Mehrere Gesetze (z. B. zürch. Ges. § 1188) machen es dem Mandatar auch zur Pflicht, nach Erlöschen des Mandats die Vollmachtsurkunde zurückzustellen. Es muß dies aber, da dieselbe Zubehör der Vollmacht ist, nach § 178 (wonach die Zubehörde der Hauptsache folgt) als selbstverständlich erscheinen.

§ 386.

Pflichten des Auftraggebers.

Der Auftraggeber ist schuldig, das von dem Beauftragten oder dessen Vertreter, wenn dieser vertragsmäßig bestellt wurde, innert den Grenzen der Vollmacht für ihn besorgte Geschäft anzuerkennen, in die Verpflichtungen einzutreten, die der Beauftragte demzufolge übernommen, und ihm die zur Geschäftsbesorgung nöthig gewordenen [1]) Auslagen und verursachten Kosten, so wie die Zinsen für erheblichere Vorschüsse [2]) zu ersetzen, und zwar auch dann, wenn der Beauftragte den Vertrag berechtigter Weise kündete (§ 390) oder die Uebernahme des Auftrags, ohne grobe Fahrläßigkeit des Beauftragten, nicht den beabsichtigten Erfolg hatte. [3])

1) Damit sind luxuriöse Ausgaben, die zur Geschäftsbesorgung nicht eben nöthig waren, ausgeschlossen. Der *Code Nap.* freilich spricht dem Mandanten ausdrücklich das Recht daheriger Einreden ab (§ 1999).

Das österr. Ges. (§ 1014) und ihm nach mehrere Schweizergesetze (berner Ges. § 791 und luzerner § 609) erklären den Mandanten überdem pflichtig, dem Mandatar auch den „Schaden" zu verguten, der ihm aus der Besorgung des Geschäfts entstanden. Es ist dies aber zu vag, da hieraus auch die zu weit gehende Verpflichtung abgeleitet werden kann, dem Mandatar auch den ihm indirekt aus der Geschäftsbesorgung erwachsenen Nachtheil, z. B. den Zeitverlust, Versäumniß eines Anlasses zu eigenem Gewinn u. s. w., zu verguten, was den Grundsätzen eines unentgeltlichen Vertrages zuwiderliefe. Ferner verpflichten mehrere Gesetze (namentlich preuß. L. R. I. 13 § 70) den Mandanten, nöthigenfalls dem Mandatar Vorschüsse zu den erforderlichen Auslagen zu leisten. Wenn aber diese Auslagen vorauszusehen sind, so mag der Mandatar sich die Vorschüsse bei Uebernahme des Auftrages ausbedingen, waren sie nicht vorauszusehen, so mag er, wenn die Vorschüsse nicht gemacht werden wollen, den Vertrag künden (§ 390 c).

2) Der *Code Nap.* § 2001 erklärt den Mandanten, ziemlich übereinstimmend mit dem röm. R (L. 12. § 9 D. mand.), pflichtig zu Verzinsung jeglicher von dem Mandatar gemachten Vorschüsse, das preuß. L. R. I. 13 § 72 und zürch. Ges. § 1178 nur zu Verzinsung von Kapitalvorschüssen. Die Verzinsung jeglicher, noch so kleinen Vorschüsse wäre zu minutiös; die Verzinsung bloser Kapitalvorschüsse unter Umständen zu beschränkt. Es mag daher genügen, von erheblicheren Vorschüssen zu sprechen, wobei das Ermessen des Richters freien Spielraum hat. Puchta (§ 324) hält den Mandanten pflichtig zum Ersatz der „dem Mandatar entgangenen Zinsen."

3) Die Pflicht zum Kostenersatz kann nicht von dem Erfolg des Geschäfts abhängig gemacht werden, vorausgesetzt, daß der Mandatar den schlechten Erfolg weder durch grobe Fahrläßigkeit (§ 339) noch dadurch verschuldete, daß er den Vertrag unberechtigter Weise kündete (§ 390 c.); während im entgegengesetzten Fall möglicherweise eine Kompensation der Kostenersatzpflicht des Mandanten mit der Schadensersatzpflicht des Mandatars (ganz oder theilweise eintreten, ja letztere die erstere noch überschreiten kann. Natürlich kann der Kostenersatz auch dann nicht verweigert werden, wenn der Auftrag durch den Mandanten selbst widerrufen wird (§ 390 b.).

Vgl. österr. Ges. § 1014, preuß. L R. I. 13. § 54; *Code Nap.* § 1999. Vgl. auch Puchta Pand. § 324.

§ 387.

Mehrheit der Beauftragten.

Wenn mehrere Beauftragte denselben Auftrag gemeinschaftlich übernehmen, so wird im Zweifel vermuthet, daß sie nur durch gemeinschaftliches Zusammenwirken den Auftraggeber Dritten gegenüber verpflichten können. [1])

[1]) Meist wird es in solchen Fällen wohl unzweifelhaft in der Absicht des Auftraggebers liegen, die Vertheilung der Geschäfte den Mandataren selbst zu überlassen, der Art, daß auch Einer allein ihn gültig verpflichten könne. Sollte dies aber nicht erhellen, so muß angenommen werden, er suche in dem gemeinschaftlichen Zusammenwirken der Mandatare eine um so größere Garantie für die Geschäftsbesorgung und es können daher dieselben nur durch gemeinschaftliche Eingehung des Vertrages Namens des Mandanten letzteren verbinden. Vgl. österr. Ges. § 1011, preuß. L. R. I. 13. § 201—216, soloth. Ges. § 1285, zürch. Ges. § 1176.

Zufolge § 352 Ziff. 2 versteht es sich im Uebrigen, daß durch die Mehrheit der Auftraggebenden oder der Beauftragten ein Solidarverhältniß entsteht. Das Nämliche gilt nach röm. R. (L. 59 § 3 und L. 60 § 2 D. mandati — Thibaut § 519 und 520). Hinsichtlich der Haftbarkeit mehrerer Vormünder s. § 121. Der *Code Nap.* seinerseits erklärt, wenn nichts anderes bestimmt ist, nur die Mandanten, nicht aber die Mandatare für solidarisch verpflichtet (§ 2002).

§ 388.

Verhältniß zu Dritten.

Durch ein Rechtsgeschäft, das der Beauftragte innert den Grenzen seiner Vollmacht im Namen des Auftraggebers mit Dritten eingeht, wird nur der Auftraggeber berechtigt und verpflichtet, und zwar eben so als ob er das Geschäft selbst eingegangen wäre. [1])

Wenn die dem Dritten bekannt gewesene Vollmacht des Beauftragten ohne sein Wissen vor Abschluß des Rechtsgeschäftes erlosch, so kann sich der Mandant gegenüber dem Dritten nicht darauf berufen, wohl aber sich an dem Mandatar schadlos halten. [2])

[1]) Hat der Beauftragte in eigenem Namen kontrahirt, so wird dadurch kein Rechtsverhältniß zwischen dem Mandanten und dem Dritten, sondern nur zwischen letzterem und dem Mandatar begründet, wohl aber kann der Mandant den Beauftragten alsdann zur Uebertragung des für sich erworbenen Rechtes anhalten (s. § 385).

[2]) A beauftragt den B für ihn ein Haus zu kaufen. B weist dem Hausbesitzer C seine Vollmacht vor. C läßt sich daraufhin mit B in Unterhandlung ein. Mittlerweile stirbt A und es wird sein Tod dem B angezeigt. B verschweigt aber dies dem C und schließt dessenungeachtet mit diesem den Kauf ab. In solchem Fall kann C, obwohl die Vollmacht des B schon vor dem Vertragsabschluß erloschen war (s. § 390 a), die Erben des A aus dem Grunde bei dem Vertrag behaften, weil ihm vor dessen Abschluß keine Kenntniß von dem Erlöschen des Mandates gegeben worden. Die Erben dagegen mögen B wie einen Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 391) verantwortlich machen.

Nachdem nämlich der Mandatar sich gegenüber dem Dritten, mit welchem er in Geschäftsverbindung tritt, als Bevollmächtigter legitimirt hat, darf der Dritte, der in guten Treuen auf die ihm schon bekannte Vollmacht hin das Geschäft abschließt,

es nicht zu entgelten haben, wenn in der Zwischenzeit die Vollmacht erlosch, ohne daß ihm davon Kenntniß gegeben wurde.

§ 389.

Vermuthete Vollmacht.

Ein Geschäftsherr (Prinzipal) wird gegenüber Dritten durch Verträge verpflichtet, die sein Geschäftsführer oder Beauftragter innert der mit seiner Stellung gewöhnlich verbundenen oder vermöge der ihm anvertrauten Geschäftsbesorgung gemeinhin vorauszusetzenden Vollmacht für den Geschäftsherrn abschließt, es wäre denn, daß der Dritte von der hiezu mangelnden Vollmacht Kenntniß gehabt hätte. [1])

[1]) Von dem Direktor einer Baumwollspinnerei z. B. darf vorausgesetzt werden, daß ihm nicht blos die Aufsicht über die Fabrik und das Arbeitspersonal, sondern auch die Befugniß zustehe, das Fabrik-Gespinnst zu veräußern und den Rohstoff (Baumwolle) anzuschaffen. Der Fabrikherr muß daher die Verträge, die sein Direktor in dieser Richtung mit Dritten abschließt, auch als für sich verbindlich anerkennen und kann sich nicht darauf berufen, daß er seinem Direktor keine so weit gehende Vollmacht ertheilt habe — es wäre denn, daß er darthun könnte, es sei dieser Umstand denjenigen, welche die betreffenden Verträge abschlossen, bekannt gewesen. — In Handelsgeschäften wird es je nach dem Vertrag, um den es sich handelt, namentlich darauf ankommen, ob der Geschäftsführer die Geschäftsfirma führt oder nicht.

Es steht obige Bestimmung im Einklang mit der gemeinrechtlichen Ausdehnung der, ursprünglich von den Römern für Schiffsrheder und Kaufleute aufgestellten Grundsätze (der sog. actio exercitoria und institoria) Vgl. Thib. § 529. Nur konnte nach röm. R. nicht nur gegen den Geschäftsherrn, sondern auch gegen den Geschäftsführer geklagt werden. Die neueren Gesetze stellen hierüber verschiedenartige Grundsätze auf. Sollte in einem gegebenen Fall der Geschäftsherr nicht schuldig erklärt werden, an die Handlungen seines Faktors zu kommen, so würde freilich letzterer als Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 391) behandelt und müßte der Dritte sich an diesen halten.

§ 390.

Erlöschen des Auftrages.

Der Bevollmächtigungsvertrag erlischt, abgesehen von den allgemeinen Grundsätzen über Erlöschen der Verträge (§ 364), insbesondere:

a. durch den Tod des Auftraggebers, sobald der Beauftragte davon Kenntniß hatte und der Vertrag nicht ausdrücklich oder seiner Natur nach auf die Erben des Auftraggebers ausgedehnt war; [1])

b. durch den Widerruf des Auftraggebers, so bald derselbe dem Beauftragten zur Kenntniß gelangte;

c. durch die Aufkündung des Beauftragten, insofern dieselbe nach Ablauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Zeit erfolgte. [2]) Innert der bedungenen Zeit ist der Beauftragte nur aus erheblichen Gründen zur Kündung berechtigt; [3])

d. durch die **Konkurseröffnung** über den Auftraggeber oder den Beauftragten; wenn sie aber den ersteren trifft nur sobald sie dem letzteren zur Kenntniß gelangt ist. [4])

Erlischt die Vollmacht durch den Tod des Auftraggebers oder des Beauftragten (§ 365), durch Kündung oder Konkurs, so ist der Bevollmächtigte oder sein Rechtsnachfolger, wenn Gefahr im Verzug ist, verpflichtet, die nach Umständen thunlichen provisorischen Vorkehrungen zu treffen, damit der Auftraggeber oder dessen Rechtsnachfolger, bis er selbst das Erforderliche verfügen kann, möglichst vor Nachtheil geschützt werde. [5])

[1]) Es beruht dies auf der **persönlichen** Natur dieses Vertragsverhältnisses, auf dem persönlichen Zutrauen des Mandanten zum Mandatar.

[2]) **Stillschweigend** wird diese Zeit meist durch die Natur des Geschäftes selbst bestimmt erscheinen. Wurde nämlich der Auftrag zu Vollführung eines bestimmten Geschäfts übernommen, so wird die **Beendigung** des Geschäftes in der Regel als der stillschweigend einverstandene Zeitpunkt, bis zu welchem der Auftrag dauern soll, anzusehen sein.

[3]) Man wird es freilich mit den Gründen zur Kündung um so weniger streng nehmen, je größer die Bemühung ist, die dem Beauftragten zugemuthet wird oder je weniger ihm eine Remuneration in Aussicht steht. Vgl. **österr.** Ges. § 1021, *Code Nap.* § 2007.

[4]) Der Rechtsgrund ist hier der nämliche, wie der in Note 1 angegebene.

[5]) Diese dem Beauftragten auferlegte Verpflichtung ist in der **guten Treue** begründet, die dem Mandatverhältniß zu Grunde liegen soll. Wenn z. B. der in Paris domizilirte Engadiner B von A in Chur den Auftrag übernommen hat, bei dem Kaufmann C in Paris, der fallit zu werden droht, ungesäumt Einzüge zu besorgen und er (B) ist genöthigt, in Folge der Nachricht, daß seine im Engadin befindliche Mutter tödtlich krank geworden, plötzlich heim zu reisen: so soll er, wenn immer thunlich, um den A möglichst vor Schaden zu schützen, vor seiner Abreise einen Andern provisorisch mit jenem Einzugsgeschäfte beauftragen. (Vgl. **öster.** Ges. § 1025, *Code Nap.* § 1991, §§ 2008—2010.

§ 391.

Geschäftsbesorgung ohne Auftrag.

(Negotiorum gestio.)

Wenn Einer **ohne** Auftrag Geschäfte für einen Andern besorgt, [1]) so hat er in der Regel für allen dem letzteren daraus nachweisbar entstandenen, selbst zufälligen, Schaden zu haften [2]) und dagegen nur so weit Anspruch auf Kostenersatz, als dem Geschäftsherrn die Geschäftsbesorgung nützt, und selbst dieses in der Regel nur in so fern er nicht gegen ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn sich die Geschäftsbesorgung anmaßte.

Es mindert sich jedoch seine Schadensersatzpflicht und steigert sich, selbst ohne Rücksicht auf den Erfolg, sein Anspruch auf Kostenersatz in dem Maße, in welchem er durch die Umstände zur Geschäftsbesorgung veranlaßt war oder sie in der Absicht unternahm, einen dem Geschäftsherrn drohenden Nachtheil abzuwenden. [3])

Wenn ein Geschäftsherr eine ohne Auftrag vollzogene Geschäfts-

besorgung ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, wird dieselbe und zwar auch im Verhältniß zu Dritten, gleich einer mit Auftrag vollzogenen beurtheilt. [4])

Für Verbindlichkeiten, die der Geschäftsbesorger ohne Auftrag Namens des angeblichen Geschäftsherrn übernommen, bleibt, wenn die Genehmigung des letzteren nicht erfolgt, er allein Dritten gegenüber haftbar. [5])

[1]) Also zwar ohne Auftrag, jedoch nicht in erweisbar arglistiger Absicht; denn alsdann wird der Geschäftsbesorger aus dem Titel der Schädigung (§ 470) behaftet und liegt kein Kontraktsverhältniß vor.

[2]) Unter Umständen muß somit der Geschäftsführer ohne Auftrag selbst für den Zufall einstehen, sofern nämlich dieser mittelbar als Folge seiner Geschäftsführung anzusehen ist, wie wenn z B A ohne Auftrag des B des letzteren Fahrhabe in ein anderes Haus bringt und letzteres, wenn auch ohne Schuld des A, in einer Feuersbrunst untergeht; oder wenn der Spediteur A die Waare des Kommittenten B auf einer andern, als der von letzterem ihm vorgezeichneten Route versendet, auf welcher sie sodann geraubt wird. Freilich ist hiebei dem A der Beweis vorbehalten, daß das Eigenthum des B auch in dem ersten Hause und auf der angewiesenen Route untergegangen wäre und mindert sich seine Schadensersatzpflicht je dringender ihn die Umstände zu der unberechtigten Geschäftsbesorgung aufforderten.

[3]) Genau wäre folgendermaßen zu unterscheiden:

1. Die Geschäftsbesorgung wurde nachträglich von dem Geschäftsherrn ratihibirt, dann wird das ganze Verhältniß, und zwar mit Zurückbeziehung auf den Anfang der Geschäftsführung, als Mandat beurtheilt („Si quis ratum habuerit quod gestum est obstringitur mandati actione"). Die gegenseitigen Verpflichtungen des Geschäftsbesorgers werden demnach zufolge der Grundsätze des Mandates beurtheilt (s. nächstfolgendes Lemma des obigen §)

2. Die Geschäftsbesorgung wird nicht ratihibirt. Alsdann wäre weiter zu unterscheiden:

a) Der Geschäftsbesorger stiftete dem Geschäftsherrn Nutzen. In diesem Fall ist letzterer zu einem verhältnißmäßigen Kostenersatz wie gegenüber dem redlichen Besitzer gehalten, es wäre denn, daß der negotiorum gestor gegen ein ausdrückliches Verbot sich die Geschäftsbesorgung angemaßt hätte, in welchem Falle er wie ein unredlicher Besitzer zu behandeln ist, aber auch dies nur, wenn er nicht durch wirklichen Nothstand, in welchem sich die Angelegenheiten des Geschäftsherrn befanden, entschuldigt wäre, oder etwa eine Verpflichtung erfüllt hätte, die der Geschäftsherr unter allen Umständen hätte erfüllen müssen (z. B. eine öffentliche Steuer bezahlt).

b) Die Geschäftsbesorgung blieb ohne Erfolg. Dann hat der negotiorum gestor nur insofern Anspruch auf Kostenersatz, als die Geschäftsbesorgung, um drohenden Schaden von dem Geschäftsherrn abzuwenden, geschah, vorausgesetzt, daß die hiezu angewendeten Mittel nicht ganz zweckwidrig waren. („Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum, si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si *utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium.*" L. 10 § 1 de neg. g.). Vgl. österr. Ges. § 1036, preuß. L. R. I. 12 § 231.

c) Der Geschäftsbesorger stiftete dem Geschäftsherrn Schaden. Dann muß er ihn ersetzen, es wäre denn, daß er sich der Geschäftsbesorgung in einem wirklich dringenden Nothfall angenommen hätte. Anspruch auf Kostenersatz würde freilich in diesem Falle der neg. gest. wohl selten haben. Vgl. österr. Ges. § 1040 und preuß. L. R. I. 13 § 249.

Da jedoch die oben auseinander gehaltenen Fälle im Leben meist sich nicht so strenge werden scheiden lassen, anderseits der zu Beurtheilung der gegenseitigen

Pflichtverhältnisse entscheidende Umstand doch wesentlich der ist, ob und in welchem Maße die Aufforderung zur Geschäftsbesorgung in äußern Verhältnissen lag, z. B. in freundschaftlichen oder verwandtschaftlichen Verhältnissen, in einer den Geschäftsherrn bedrohenden Gefahr u. s. w. — so erschien es angemessener, sich auf die grundsätzliche Feststellung zu beschränken, daß das gegenseitige Pflichtverhältniß wesentlich nach jenem Umstande zu bemessen sei. Selbstverständlich kommt auch die größere oder geringere Fahrläßigkeit des neg. gest. in Betracht.

[4]) Eine stillschweigende Genehmigung kann theils in einem bloßen Stillschweigen liegen, wenn der Geschäftsherr den Geschäftsbesorger, ohne Einsprache zu thun, wissentlich schalten und walten läßt (z B. wenn ein Knecht zwar ohne Auftrag, aber unter den Augen seines Herrn eine dem letzteren gehörige Kuh verkauft, ohne daß derselbe Einsprache dagegen erhebt); sie kann aber auch in thatsächlichen Handlungen, wie namentlich darin liegen, daß der Geschäftsherr ohne Widerspruch in die von dem neg. gest. für ihn übernommenen Verbindlichkeiten eintritt oder die Geschäftsbesorgung sich zu nutze macht resp. aneignet. Vgl. österr. Ges. § 1016 und preuß. L. R. I. 13. § 51.

[5]) Z. B. der mit Aufnahme von Bestellungen beauftragte Handlungsdiener A macht für seinen Herrn B ohne dessen Auftrag in Z große Waarenaufkäufe. Wenn nun B letzere nicht gutheißt, so werden sich die Verkäufer bloß an B für die Nichtvollziehung des Kaufvertrages schadlos halten können, es wäre denn, daß ihnen die Bestimmung des § 389 zu Statten käme.

Anmerk. Die Frage, ob und wie weit von einem handlungsunfähigen Mandatar abgeschlossene Geschäfte gültig seien, ist dahin zu beantworten, daß dieselben hinsichtlich des Verhältnisses des Mandanten zu Dritten als gültig anzusehen sind, da ja der Mandatar nicht für sich, sondern für und an der Stelle des Mandanten handelt, somit nicht er, sondern dieser der eigentliche Kontrahent ist. Was dagegen das Verhältniß des Mandanten zum Mandatar betrifft, so würde zufolge der allgemeinen Regel letzterer sich ersterem gegenüber nicht obligiren können.

D. Leihvertrag.

§ 392.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Leihvertrag besteht darin, daß Einer (der Leiher) einem Andern (dem Entlehner) eine Sache zur Benutzung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit in der Meinung übergibt, daß ihm dieselbe seiner Zeit wieder erstattet werde.

Wird ein Entgelt (Zins) nicht, ausdrücklich oder stillschweigend, ausbedungen, so ist die Leihe unentgeltlich.

Wird eine nicht vertretbare Sache geliehen, so ist die Leihe eine Gebrauchsleihe; werden vertretbare Sachen geliehen, so ist sie ein Darlehen. [1])

Die geliehene nicht vertretbare Sache bleibt im Eigenthum des Leihers; die geliehenen vertretbaren Sachen dagegen gehen in das Eigenthum des Entlehners (Borgers) über. [2])

[1]) Wird ein Zins bedungen, so wird erstere (die Gebrauchsleihe) zum Mieth- oder

Pachtvertrag, letzteres zum verzinslichen Darlehen. Die Gebrauchsleihe ist somit nicht auf bewegliche Gegenstände beschränkt. (Vgl. Puchta § 319).

[2]) Es ist dies also der Fall bei jedem Darlehen. („Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed *idem genus*.")

1. Gebrauchsleihe.

§ 393.

Pflichten des Entlehners.

Der Entlehner einer nicht vertretbaren Sache ist weder berechtigt, dieselbe Anderen zu leihen, [1]) noch sie in anderer, als der bedungenen, Weise oder, wenn darüber nichts bedungen wurde, zu anderem als dem sachgemäßen Zwecke [2]) zu benutzen. So weit er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, haftet er für allen daraus, selbst durch Zufall, der Sache widerfahrenen Schaden. [3])

Der Entlehner hat die ihm geliehene Sache sorgfältig zu gebrauchen und zu bewahren [4]) und die ordentlichen zu deren Erhaltung erforderlichen Kosten [5]) zu bestreiten. Hinsichtlich anderweitiger ohne Auftrag des Eigenthümers auf die Sache gemachten Verwendungen wird er wie der redliche Besitzer (§ 216) behandelt. [6])

Der Entlehner hat die ihm geliehene Sache, deren regelmäßige Abnutzung vorbehalten, [7]) unversehrt zu erstatten, und zwar auf die bedungene oder, wenn darüber keine Abrede stattfand, auf die dem Zwecke der Leihe und der muthmaßlichen Meinung der Kontrahenten entsprechende Zeit. Im Zweifel, so wie wenn der Leiher durch unvorhergesehene Umstände der geliehenen Sache selbst dringend bedürftig wird, oder der Entlehner die Sache vertragswidrig gebraucht, hat die Erstattung auf jedes Verlangen des Leihers zu erfolgen. [8])

[1]) Die Leihe beruht in der Regel auf einem persönlichen Zutrauen oder Wohlwollen zu dem Entlehner, daher letzterer zu einer weiteren Verleihung nicht berechtigt ist.

[2]) Wurde über die Benutzungsweise nichts ausgemacht, so wird die Meinung der Kontrahenten dahin ausgelegt, daß die Sache auf die ihrer natürlichen Bestimmung gemäße Weise benutzt werde, so daß z. B. ein Rasirmesser nur zum Bartscheeren, nicht aber etwa zum Holzschnitzeln, ein Reitpferd nicht zum Fuhrwerk gebraucht werden darf. Die sachgemäße Benutzung ist daher von der sorgfältigen Benutzung zu unterscheiden. Das Reitpferd kann z. B. zum Fahren sehr sorgfältig benutzt worden sein, dessenungeachtet war aber dessen Verwendung keine sachgemäße.

[3]) Wenn also A den ihm geliehenen Wagen dem B leiht und derselbe bei dem B in Folge eines, wenn auch zufällig entstandenen Brandes untergeht oder wenn das dem A zum Reiten geliehene Pferd, während dieser es zum Fahren braucht, durch einen Zufall, somit ohne Verschuldung des Entlehners, ein Bein bricht, so muß A dessenungeachtet in beiden Fällen für den Schaden haften, weil dieser immerhin in Folge oder bei Anlaß einer vertragswidrigen Verwendung der geliehenen Sache eintrat. Vgl. *Code Nap.* § 1881, preuß. L. R. I. 21. § 251, soloth. Ges. § 1233. Daß der Zufall von dem Entlehner auch bei verzögerter Ablieferung prästirt werden muß, versteht sich nach § 340. Vorbehalten bleibt unter allen Umständen der Nachweis, daß der Zufall trotz vertragsmäßigem Gebrauch und rechtzeitiger Ab-

lieferung eingetreten wäre, denn alsdann wäre derselbe nicht aus dem vertragswidrigen Gebrauch hervorgegangen.

[4]) Der Entlehner erscheint in so weit zugleich als Depositar, mit dem Unterschied jedoch, daß er auch für leichte, der Depositar dagegen nur für grobe Fahrläßigkeit haftet. Durch „Bewahrung" ist die Sache nicht nur gegen Entwendung, sondern auch gegen sonstigen möglichen Schaden zu sichern.

[5]) Z. B. die Fütterungskosten des geliehenen Pferdes („cibariorum impensae naturali ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset" L. 18. § 2 D. Commodati).

[6]) Vgl. österr. Ges. § 981. Auch für außerordentliche Erhaltungskosten (z. B. für ärztliche Behandlung des geliehenen Pferdes) so wie für nützliche Verwendungen hat somit der Entlehner, wenn sie nicht mit Einwilligung des Eigenthümers geschahen, nur in sofern ein Recht auf Vergutung als dieselben nicht durch den von ihm gezogenen Nutzen als kompensirt angesehen werden können. Machte er die Verwendungen im Auftrag des Eigenthümers, so ist er als dessen Beauftragter zu behandeln. Dieser Grundsatz greift auch bei der Miethe und der Pacht durch, nur daß dort von einer Kompensation der gehabten Kosten mit dem Nutzen keine Rede sein kann, da letzterer schon durch den Zins fixirt und aufgehoben ist.

[7]) Dieser Schaden ist in der Natur der Sache begründet und von dem Leiher vorauszusehen. Im Uebrigen richtet sich die Schadensersatzpflicht des Entlehners (wenn er die Sache nicht „unversehrt" erstattet) nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 338 und 339), wonach er also, weil er allein den Nutzen aus dem Vertrag zieht, selbst bei vertragsmäßigem Gebrauche jeden durch noch so geringe Verschuldung, also jeden nicht durch reinen Zufall entstandenen Schaden zu verguten hat, wobei ihm der Beweis des reinen Zufalls obliegt.

Die Haftbarkeit des Entlehners richtet sich somit nach folgenden Grundsätzen:

1. Bei vertragswidrigem resp. nicht sachgemäßem Gebrauch haftet er unbedingt für jeden, selbst zufälligen, Schaden, mit Vorbehalt desjenigen Zufalls, der den Eigenthümer unter allen Umständen getroffen haben würde;
2. bei vertragsmäßigem Gebrauche haftet er für jeden, wenn auch nur durch geringe Fahrläßigkeit, jedoch nicht durch reinen Zufall, sei es in der Aufbewahrung sei es in dem Gebrauche eingetretenen Schaden; dagegen haftet er nicht für regelmäßige Abnutzung.

[8]) In der Regel wird sich, wenn auch keine Zeit ausdrücklich bestimmt wurde, dieselbe aus der Natur des Geschäftes d. h. aus dem Zwecke ergeben, wofür die Sache entlehnt wurde. Z. B. wenn Tischgeschirr zu einem bevorstehenden Gastmahl entlehnt wurde, so ist der Zeitpunkt der Erstattung selbstverständlich sofort nach abgehaltenem Gastmahl. Oft wird aber eine Sache auch ohne Bezeichnung des Geschäftes, wozu man sie zu benutzen gedenkt, entlehnt. Alsdann ist die aus den Umständen erhellende Absicht der Vertragspersonen maßgebend. Auf so lange als ihm die Leihe zugesagt war, hat der Entlehner ein Recht darauf („modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commdatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio" L. 17. § 3 comod. 13. 6). Vorbehalten bleibt aber auch dann:

1. ein unvorhergesehenes dringendes Bedürfniß des Leihers selbst und
2. vertragswidrige Benutzung der Sache durch den Entlehner; in welchen beiden Fällen die Sache auch innert der, ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Zeit auf Verlangen des Eigenthümers erstattet werden muß, indem man es als eine stillschweigende Bedingung der Leihe ansehen darf, sowohl daß der Eigenthümer selbst nicht durch unvorhergesehene Umstände der geliehenen Sache dringend bedürfen werde, als daß dieselbe nur zu dem verabredeten oder sachgemäßen Zwecke verwendet werde (Vgl. mit Bezug auf ersteres: *Code Nap.* § 1889, preuß. L. R. I. 21. § 235; sodann auch berner und soloth. Ges.; und in Bezug auf letzte-

res: österr. Ges § 978 und preuß. L. R. (I. 21. § 237.) Es nähert sich durch diese Bestimmungen der Leihvertrag allerdings dem röm. *Precarium* oder der unverbindlichen Bittleihe, die im Zweifel, sofern nämlich der Entlehner das Recht auf längeren Gebrauch nicht nachweist, anzunehmen ist (s. auch österr. Ges. § 975). Das neuere Recht behandelt überhaupt den Entlehner ungleich strenger als das römische.

Anmerk. Das röm. R. gestattet dem Kommodatar das Retentionsrecht (mittelst der exceptio doli) wegen der, auf die Sache gemachten Verwendungen (Thibaut § 248, Puchta § 94). Ebenso preuß. L. R. I. 21. § 247 und zürch. Ges. § 1136. Nach unserm Gesetz steht ihm aber ein solches nicht zu, da er hinsichtlich seiner Verwendungen einem redlichen Besitzer gleich gehalten wird, letzterem aber ein solches Retentionsrecht nicht zukommt. In der That wäre es nicht gerechtfertigt, in dieser Beziehung den Kommodatar dem Mandatar und dem Depositar (s. § 307) gleichzustellen, da ersterer von dem Vertrage allein den Nutzen, letztere dagegen von dem ihrigen allein die Last haben. Der Kommodatar mag daher, bevor er die Sache herausgibt, die an dieselben gemachten Verwendungen amtlich verifiziren lassen, kann aber ihre Herausgabe nicht verweigern. Ausdrücklich bestimmt dies der *Code Nap.* § 1885. Das österr. Ges. gestattet hiefür in einem einzigen Fall ein Retentionsrecht.

2. Unverzinsliches Darlehen.

§ 394.

Pflichten des Borgers.

Der Borger ist verpflichtet, dem Darlehner Sachen von gleicher Gattung und Beschaffenheit [1]) und in gleicher Menge, wie die von ihm erhaltenen, auf die, ausdrücklich oder stillschweigend, bedungene Zeit zu erstatten.

Wurde die Zeit der Erstattung nicht bedungen, so muß letztere auf jedes Verlangen des Darlehners erfolgen, [2]) so zwar daß, wenn die sofortige Rückzahlung dem Borger unverhältnißmäßigen Nachtheil brächte, demselben von dem Kreispräsidenten hiezu eine Nothfrist bis auf höchstens drei Monate einberaumt werden kann. [3])

Wurde die Zeit der Erstattung ausdrücklich in das Belieben des Borgers gestellt, so kann der Darlehner von dem Kreispräsidenten die Anberaumung einer den Umständen angemessenen Zahlungsfrist verlangen, die jedoch nicht länger als Ein Jahr sein darf. [4])

Ein in baarem Gelde erhaltenes Darlehen kann auch nur in baarem Gelde erstattet werden. [5])

Besondere Abreden vorbehalten, ist der Borger nicht zu Erstattung der empfangenen Münzsorten, sondern nur der empfangenen Summe verpflichtet, und zwar wenn letztere in fremden Münzsorten oder einem fremden Münzfuß angegeben wurde, nach dem Kurspreise des genannten Geldes am Tage und am Orte der Erfüllung. [6])

Die Beweiskraft des von dem Borger für das Darlehen ausgestellten Schuldscheines unterliegt derselben Beschränkung wie diejenige von Quittungen (§ 336). [7])

¹) Ebenso nach röm. R. („Quum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum nobis redderetur, non licet debitori, deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere.“ L. 3 D. de rel. cred. 12. 1). Dieselben Sachen, welche zur Erstattung eines Darlehens sich eignen, eignen sich auch zur Kompensation und umgekehrt. Vgl. § 368 Note 2.

²) Es ist dies analog der Bittleihe (precarium) s. Note 8 zu § 393.

³) Vgl. *Code Nap.* § 1900 und zürch. § 1122. In beiden ist jedoch die Bestimmung der Frist dem Richter durchaus freigestellt. Das preuß. L. R. I. 11. § 761 dagegen bestimmt für diesen Fall für beide Theile eine dreimonatliche Aufkündung für Darlehen von mehr als 50 Rth. und für geringere eine vierwöchentliche.

⁴) Häufiger folgen, aus Freundschafts- oder Menschlichkeitsrücksichten, Darlehen mit der Klausel, der Borger solle es erstatten „sobald er im Stande sei.“ In diesem Falle muß, wenn der Borger mit der Rückzahlung zögert, die Bestimmung der Frist mit Rücksicht auf dessen persönliche Verhältnisse sowohl als auf das etwaige Bedürfniß des Darlehners dem Richter so weit überlassen bleiben, als die Rückzahlungsfrist sich jedenfalls nicht über Ein Jahr erstrecken darf. Vgl. *Code Nap.* § 1901 und zürch. Ges. 1123.

⁵) Der Gläubiger ist somit in diesem Falle nicht schuldig, sich mit Banknoten oder andern Werthpapieren ausrichten zu lassen. Es liegt dies im Grunde schon in dem allgemeinen Grundsatze, daß der Borger das Darlehen in Sachen derselben Gattung und Beschaffenheit erstatten solle.

⁶) Es folgt aus dieser Bestimmung, daß das Fallen und Steigen des Geldwerthes ohne Einfluß auf das Darlehen beziehungsweise dessen Erstattung sind. Daß, wenn nicht bestimmte Münzsorten, sondern die Summe zu erstatten ist, die Zahlung in der gesetzlichen inländischen Währung zu erfolgen habe, ist schon in § 330 bestimmt. Wurde die Rückerstattung in bestimmten Münzsorten bedungen, so sind letztere s. Z. zu erstatten, ob auch ihr Nennwerth in der Zwischenzeit verändert worden wäre; sollte dagegen ihr innerer Werth (Schrot und Korn) verändert worden sein oder sollten sie nicht mehr im Umlauf sich befinden, so wird der innere Werth, den die erhaltenenen Münzen zur Zeit des Darlehens hatten, in der gesetzlichen Landesmünze zu erstatten sein. Vgl. österr. Ges. §§ 988 und 989 und berner Ges. § 756.

Daß der Marktpreis anderartiger (nicht in Geld bestehenden) vertretbarer Sachen auf das Darlehensverhältniß ebenfalls ohne Einfluß bleibt, versteht sich, so daß, wenn 100 Quart. Kartoffeln zu Darlehen gegeben wurden, ebenfalls wieder 100 Quart. zu erstatten sind, ob auch inzwischen dieselben im Werth um 50% gesunken oder gestiegen wären. Wenn aber die Kartoffeln zu einem bestimmten Schatzungswerthe, z. B. von Fr. 80 geliehen worden wären, so dürfte unter Umständen wohl eher ein Verkauf als ein Darlehen zu vermuthen sein.

⁷) Vgl. zürch. Ges. §§ 1047 und 1117. Gestützt auf die Erfahrung, daß Schuldscheine häufig voreilig, bevor man das Darlehen erhielt, ausgestellt werden, hatte schon das röm. R. wie hinsichtlich der Quittungen (s. Note 3 zu § 336) die Beweiskraft derselben zwei Jahre lang, von der Ausstellung an, suspendirt, so daß der Aussteller durch die blose Behauptung, das Darlehen nicht erhalten zu haben (querela non numeratae pecuniae), während des ganzen Zeitraums den Schein zurückfordern konnte.

Anmerk. 1. Es wäre hier der Ort, um die für Ausgabe von Banknoten oder Schuldscheinen auf den Inhaber zu ertheilende hoheitliche Bewilligung vorzusehen, nach Vorgang des zürch. Ges. § 1097 ff., indem gedachte Emission von Werthpapieren sich in der Regel auf ein Darlehnsverhältniß reduziren läßt. Eine Banknote z. B. läßt sich betrachten als ein von der Bank ausgestellter Schuldschein für ein unverzinsliches Darlehen, das ihr s. Z. gegen Zustellung der Banknote gemacht wurde, und zwar in der Meinung, daß die Bank dieses Darlehen auf jedes Begehren gegen Erstattung der Banknote zurückzahlen m. a. W. letztere einlösen solle. — Dessenungeachtet erschien es nicht nöthig, hier einschlägige Bestim-

mungen aufzunehmen; denn, was die Ausgabe von Papieren auf den Inhaber ab Seite von Privaten betrifft, so wäre eine solche, wenn sie vorkäme, niemals gefährlich, da einzelnen Privaten oder selbst auch Gemeinden der nöthige Kredit, um ihren Papieren Kurs zu verschaffen, bei uns wenigstens, durchaus fehlen würde. Was aber die Ausgabe von Werthpapieren durch Kreditinstitute, von welchen solche allein zu erwarten und etwa auch zu besorgen wäre, anlangt, so ist die Verhinderung und Abhülfe möglicher Mißbräuche in § 94 vorgesehen, wonach die Regierung solchen Anstalten jederzeit den „Nachweis der zu Erfüllung der zu übernehmenden oder übernommenen Verbindlichkeiten erforderlichen Gewähr" abverlangen kann. So hat es die Regierung in ihrer Hand, z. B. die Ausgabe von Banknoten so lange zu verhindern, bis sich das betreffende Unternehmen, durch Vorlage seiner Statuten oder Nachweis vorhandener genügender Fonds ausgewiesen, daß es auf solider Basis ruhe und die Einlösung der in Umlauf zu setzenden Banknoten ihr jederzeit möglich werde. Im Uebrigen soll aber der Regierung keine Einwirkung auf die Privatspekulation, vorausgesetzt, daß diese erlaubte Zwecke verfolge, gestattet werden.

Anm. 2. Das mit baarem Geld gemachte Darlehen genoß in mehreren unserer Statuten besonderen Schutz. So konnte im Oberengadin der Darlehner von Geld, um sich bezahlt zu machen, auch auf Sachen des Schuldners greifen, die sonst gegen Auspfändung geschützt waren. Die Rückerstattung mußte in baar erfolgen, während anderweitige Verpflichtungen auch mit anderen besonders benannten Sachen (Alpmolken, Vieh, Wolle, Getreide u. s. w.) nach Schatzungswerth getilgt werden konnten. (S. Anmerk. zu § 334.) Obtasna hatte die Bestimmung, daß der Gläubiger mindestens 2 Monate, der Schuldner 1 Monat zum Voraus künden müsse.

E. Bürgschaftsvertrag.

§ 395.

Allgemeine Bestimmungen.

Durch den Bürgschaftsvertrag übernimmt Einer (der Bürge) gegenüber dem Gläubiger eines Andern (des Hauptschuldners) die Verpflichtung, in die Schuld des letztern, um den Gläubiger sicher zu stellen, [1]) mit einzustehen.

Die Bürgschaft kann sowohl mit Bezug auf ein bereits bestehendes als auf ein möglicherweise eintretendes [2]) Schuldverhältniß eines Andern (des Hauptschuldners) geleistet werden.

Die Bürgschaft ist nur insofern, insoweit und so lange gültig, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, beziehungsweise seiner Erben, besteht. [3])

Die Bürgschaft kann für die ganze Hauptschuld oder nur für einen Theil derselben, für so lange als sie besteht oder nur für eine bestimmte Zeit, unbedingt oder unter gewissen Voraussetzungen eingegangen werden. [4])

Von Bürgschaften wird im Zweifel vermuthet, daß sie unentgeltlich seien. [5])

Bürgschaften können nur schriftlich gültig eingegangen werden. [6])

[1]) Die Sicherstellung des Gläubigers ist der eigentliche Zweck der Bürgschaft. Insofern ist dieselbe analog dem Pfandvertrage.

[2]) Z. B. A leistet dem B für C Bürgschaft auf den Fall, daß dieser bei ihm (dem B) zu Tisch gehen wollte.

[3]) Da die Bürgschaft die Sicherstellung einer Forderung zum Zweck hat, folgt selbstverständlich, daß erstere, weil sie in sofern akzessorischer Natur ist, nur unter der Voraussetzung und in so weit rechtliche Gültigkeit hat, als die Forderung selbst existent ist. Verjährt daher z. B. die Hauptforderung, so erlischt zugleich die Bürgschaftspflicht. Das röm. R. nimmt freilich dieses nicht unbedingt an, indem es die Bürgschaft für eine sog. „natürliche Verpflichtung" (naturalis obligatio), d. h. für eine nach positiven Gesetzen zwar nicht klagbare, nach natürlichen Grundsätzen aber doch bestehende Verpflichtung, als unbedingt verbindlich erklärt. („Ubicunque reus ita liberetur a creditore ut *natura* debitum maneat, tenetur fideiussor. L. 60 D. de fideius. 46. 1). Demzufolge würde die für eine bereits verjährte Forderung oder für eine von einem Handlungsunfähigen eingegangene Verpflichtung den Bürgen verbinden. Diesem Grundsatze schließt sich, wenigstens für den Fall, daß der Bürge die Nichtklagbarkeit der Hauptforderung kannte, das zürch. Ges. § 1782 an. Oesterr. Ges. und preuß. L. R. erklären den Bürgen für haftbar, wenn er für einen Handlungsfähigen bürgt. Berner und soloth. Ges. verpflichten ihn zum Schadensersatz, sofern er die Handlungsunfähigkeit des Hauptschuldners kannte. — Wenn nun zwar nach unserm Gesetz eine solche Bürgschaft im Allgemeinen als unverbindlich anzusehen ist, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß der Bürgschaftleistende, falls er durch Arglist den Gläubiger zu Schaden bringt (und eine Arglist dürfte wohl meist anzunehmen sein, wenn wissentlich eine nicht klagbare Forderung verbürgt wurde), demselben zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Aus obiger Bestimmung ergibt sich des Ferneren, daß durch die Bürgschaft nicht blos keine dem Betrage nach größere, sondern auch keine den Bedingungen nach schwerere Leistung übernommen werden kann („fideiussor ad duriorem causam adhibitus non obligatur"). Uebernimmt aber ein Bürge eine schwerere Verpflichtung, so fällt seine Bürgschaft um deßwillen nicht dahin, sondern wird lediglich auf das Maß der Hauptverpflichtung reduzirt, es sei denn, daß aus der wissentlichen Uebernahme einer größern Leistung eine andere Vertragshandlung, wie etwa Schenkung, als intendirt erwiesen werden könnte.

[4]) Ueber Bürgschaften auf Zeit s. Note 1 zu § 399.

[5]) Bürgschaftsleistungen finden meist ohne Entgelt, aus Freundschaftsrücksichten oder im Vertrauen auf die Solidität des Schuldners, statt. Oft erfolgen sie aber auch in Folge einer dem Bürgen von dem Schuldner verheißenen Provision, als Entgelt für das durch die erstere übernommene Risiko. Dadurch, so wie wenn der Bürge sich die Provision von dem Gläubiger versprechen ließe (was wenigstens gedenkbar ist), würde aber die Natur des Bürgschaftsvertrages nicht geändert, wohl aber würden sich dadurch die Verpflichtungen des Bürgen schärfen.

[6]) Schon die Römer verlangten für die Bürgschaft in der Regel die feierlichere Form der Stipulation (ursprünglich bestehend in dem gemeinschaftlichen Brechen eines Halmes, stipula). Ebenso haben neuere Gesetze, um Uebereilungen in diesem wichtigen und für Viele ruinösen Rechtsgeschäfte möglichst vorzubeugen, mit der mündlichen Vertragsform sich nicht begnügt, sondern entweder unbedingt oder wenigstens für Bürgschaften größeren Belanges Schriftlichkeit verlangt. Unbedingt verlangen diese das preuß. L. R. I. 14. § 203 und das zürch. Ges. 1781, wogegen das berner Ges. § 918 dieselbe nur bei Bürgschaften für mehr als Fr. 100 fordert.

§ 396.

Arten der Bürgschaft.

Die Bürgschaft ist entweder eine einfache Bürgschaft, d. h. sie wird nur für den Fall und so weit geleistet, als der Gläubiger bei dem Hauptschuldner nicht Deckung finden kann; oder sie ist eine

Bürg- und Zahlerschaft (Selbstzahlerschaft) d. h. sie tritt in die Hauptverbindlichkeit solidarisch ein. [1])

Ferner kann Jemand zu Gunsten des Bürgen (als Rückbürge) die Bürgschaft für den Fall übernehmen, daß derselbe zu Schaden käme; [2]) ebenso (als Nachbürge) zu Gunsten des Gläubigers für den Fall, daß dieser an dem ordentlichen Bürgen nicht Deckung fände. [3])

[1]) Wer sich blos als „Bürge" unterzeichnet, wird demnach als einfacher (subsidiärer) Bürge vermuthet. Die gewöhnliche Bezeichnung für die solidarische Mitverpflichtung ist „Bürge und Zahler" oder „Selbstzahler". Nach röm. R. haftete ursprünglich jeder Bürge in der Regel solidarisch mit dem Hauptschuldner, und bedurfte es einer eigenen Abrede, um nur für den Schaden haftbar zu sein, den der Gläubiger bei Realisirung seiner Forderung erlitte, in welchem Falle er Schadlosbürge (fideiussor indemnitatis) hieß. Erst später (durch Nov. 4. cap. 1) wurde der Grundsatz umgekehrt, so zwar, daß der einfache Bürge von Rechtswegen dem Schadlosbürgen gleichgestellt wurde, und dessen solidarische Verpflichtung eines besondern Vertrages bedarf (Wangerow Leitfaden III. 144). Es entspricht dies auch der bei uns bestehenden Rechtspraxis.

[2]) Mittelst derselben (von einigen neueren Gesetzen auch Schadlosbürgschaft geheißen) wird der Bürge durch die Bürgschaft eines Dritten vor der ihn allfällig in dieser Eigenschaft treffenden Einbuße sichergestellt. Z. B. A leistet dem Gläubiger B für den Hauptschuldner C Bürgschaft, läßt sich aber hinwieder von C einen Rückbürgen D stellen. Würde alsdann A von B belangt, so stünde ihm zu seiner Schadloshaltung der Rückgriff auf D (seinen Rückbürgen) zu. Der Rückbürge kann, wenn der Bürge Selbstzahler ist, in seinem Verhältniß zum Hauptschuldner sowohl Selbstzahler als einfacher Bürge sein, in welchem letzteren Falle der Bürge erst nach Austreibung des Schuldners sich an ihn halten könnte.

[3]) Z. B. A leistet dem Gläubiger B Bürgschaft für den Hauptschuldner C. Der Gläubiger hält sich aber durch die Bürgschaft des A noch nicht vollkommen gesichert und läßt sich von dem Schuldner einen zweiten Bürgen (einen Nachbürgen) geben, an den er sich halten könne, falls er von A nicht befriedigt würde. Die Nachbürgschaft kann immer nur eine einfache Bürgschaft sein, da sie dem Gläubiger auf den Fall geleistet wird, daß er an dem ordentlichen Bürgen nicht Deckung fände.

Anmerk. 1. Während unsere heutige Praxis so zu sagen nur die solidarische Bürgschaft kennt, war es früher umgekehrt. So kennen selbst die Poschiaver und Oberengadiner St. nur die einfache Bürgschaft. Einzig die Münsterthaler St. erwähnen ausdrücklich der Bürg- und Zahlerschaft („Fand ün segiürtà per ün auter et pigland sü per seis aigen debit, schi po il credader cerchar la segiürtà taunt co per seis aigen debit").

Anmerk. 2. Eine eigene Form von Bürgschaft war die im Mittelalter, und zwar auch in Rhätien, gebräuchlich gewesene sog. Giselschaft, die darin bestand, daß der Pflichtige (Schuldner) dem Berechtigten (Gläubiger) eine Anzahl Bürgen (meist waren es Edelleute) in dem Sinne stellte, daß diese sich eidlich verpflichteten, auf erstes Verlangen des Berechtigten (Gläubigers) sich auf eigene Kosten an einen bestimmten Ort zu begeben und denselben bei Strafe der Ehrlosigkeit so lange nicht zu verlassen, bis der Vertrag erfüllt beziehungsweise die Schuld getilgt sei. So stellt Freiherr Walther IV. v. Vaz am 6. April 1266 dem Kloster Churwalden, von welchem er ein Darlehen erhielt, fünf Ritter als Bürgen (obsides, Geisel) dafür, daß er für das Kloster einem gewissen Albero v. Strasberg jährlich 50 Pfd. zahlen werde, wobei die Bürgen die Verpflichtung übernehmen, „nomine obsidum se in civitate Curiensi quandocunque praemoniti fuerint a praeposito et conventu dicti monasterii ad octo dies se consignari, indi non recessuri nisi de bona praedicti

monasterii praepositi et conventus ac libera voluntate". Eben so verbürgen sich den 30. März 1296 Egen v. Matsch, Joh. v. Remüs und Lorenz von Reichenberg für den Bischof von Chur gegen die Herzoge v. Kärnthen (Grafen v. Tirol) für 100 Mark, die der Bischof auf Perchteltag erstatten soll, und zwar verpflichten sich diese Bürgen, sofern diese Erstattung auf besagten Tag nicht erfolgte, „so sule wir an Meran in varen alle drey, nah geisels rechte (nach Gysels Recht), und sule dannen nimmer chomen, uniz (bis) die vorgenanten unser herren von Chärenden (Kärnthen) gewert werden (in den Besitz gelangen) des vorgenanten gutes." Als am 5. Aug. 1311 der Domprost von Chur dem Domkapitel eine Alp verkaufte und Gisel dafür stellte, daß der Bischof den Kaufbrief genehmigen werde, verpflichteten sich die Bürgen (welche Churer Bürger waren), sofern solches bis Ostern nicht erfolgt wäre, „se recipere apud hospitem tamdiu more obsidum commesturi apud hospitem publicum, non in domibus ipsius, quousque dictae literae fuerint expeditae" d. h. sich in eine öffentliche Herberge der Stadt zu begeben und dort, nicht in ihren Häusern, so lange (versteht sich: auf ihre Kosten) zu Gast zu gehen (zu „essen"), bis fraglicher Brief ausgefertigt sein werde. (Mohr Cod. I Nr. 251, II Nr. 70 u. 142.)

§ 397.

Pflichten des Bürgen.

Der einfache Bürge kann nur belangt werden: [1])

1. nachdem der Rechtstrieb gegen den Hauptschuldner oder, wenn dieser in Konkurs gerathen wäre, die Liquidation seiner Masse durchgeführt ist; [2]) oder
2. wenn der Hauptschuldner innerhalb des Gebietes der Eidgenossenschaft nicht mehr betrieben werden kann. [3])

Ergeht jedoch über den einfachen Bürgen bevor der Hauptschuldner von dem Gläubiger ausgeklagt wurde, ein Rechnungsruf, so kann der Gläubiger seine Forderung zwar eventuell anmelden, beziehungsweise für ihren Betrag Sicherstellung verlangen, ist aber gehalten, den Hauptschuldner beförderlich zu belangen, beziehungsweise ihm zu künden. Nöthigenfalls kann ihm hiezu eine gerichtliche Nothfrist anberaumt werden. [4])

Der Gläubiger kann von dem Bürgen und Zahler von Anfang an und ohne vorangegangene Mahnung an den Hauptschuldner Zahlung fordern, so jedoch, daß der Selbstzahler gegenüber dem Gläubiger sich aller derjenigen Einreden bedienen kann, die dem Hauptschuldner persönlich zustehen. [5]) Vorbehalten bleibt auch dem belangten Selbstzahler (laut § 400) der Rückgriff auf den Hauptschuldner. [6])

Haben mehrere Bürgen (einfache oder Selbstzahler) gemeinschaftlich eine Bürgschaft übernommen oder hat von mehreren Bürgen jeder selbständig die ganze Bürgschaft übernommen, so sind die Mitbürgen sowohl im Verhältniß zum Gläubiger als im Verhältniß zu einander als Solidarverpflichtete (§ 354) zu behandeln. [7])

Der Bürge haftet außer für den laufenden nur für die verfallenen Zinsen zweier Jahre, wenn er sich nicht ausdrücklich zu mehr verflichtete. [8])

[1]) Das österr. Ges. (§ 1355 und 1356) und ihm nach das zürcher Ges.

(§ 1792—1795) unterscheiden auch noch zwischen dem einfachen und dem Schadlosbürgen, und zwar derart, daß der einfache Bürge blos die vorausgehende Kanntlichstellung, der Schadlosbürge aber auch die vorausgehende Austreibung des Hauptschuldners verlangen kann. Unser Gesetz kennt aber nur die beiden Kategorien des einfachen Bürgen und des Bürg und Zahlers.

[2]) Es folgt dies von selbst aus der Begriffsbestimmung der einfachen Bürgschaft (§ 396), wonach der einfache Bürge eben nur subsidiär d. h. sofern und so weit haftet, als der Gläubiger von dem Hauptschuldner keine Zahlung erlangen kann. (Nov. 4. cap. 1: „Si vero (creditor) non potuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem veniat et ab illo quod reliquum est sumat"). Nach dem *Code Nap.* § 2021 und 2022 ist der Gläubiger nur dann verbunden, den Hauptschuldner vorher auszuklagen, wenn es der Bürge sogleich nach der gegen ihn angestellten Klage verlangt, und unter der Voraussetzung, daß dieser die zu Betreibung des Hauptschuldners erforderlichen Kosten vorschieße und Vermögen des letzteren zur Auspfändung anweise.

[3]) Wenn der Hauptschuldner im Auslande sich aufhält, so kommt dies oft (schon mit Rücksicht auf die mit dessen gerichtlicher Verfolgung meist verbundenen Auslagen) einer faktischen Unmöglichkeit seiner Betreibung gleich. Für solchen Fall soll der Bürge billig einstehen. Aehnlich das röm. R. („Si vero intercessor adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbe est, creditorem mittere alio quum possit mox intercessorem exigere" Nov. 4. cap. 1). Der Entwurf hatte schon dann den Gläubiger zur Betreibung des Bürgen ermächtigen wollen, wenn der Hauptschuldner nicht mehr innerhalb des Kantons betrieben werden könne.

[4]) Wenn A für den Schuldner B dem Gläubiger C für Fr. 1000 einfache Bürgschaft geleistet hat und A fällt in Konkurs, so muß C seine, ihm gegen A eventuell zustehende Forderung von Fr. 1000 bei dessen Masse anmelden, widrigenfalls er, wenn B nicht zahlen könnte, am Bürgen auch keine Deckung mehr fände. Es liegt dann aber im Interesse der Masse des A, möglichst bald zu erfahren, ob und wie weit der Hauptschuldner den C zahlen kann, beziehungsweise ob und wie weit sie (die Masse) für ihn einstehen muß.

[5]) Demnach kann der Selbstzahler z. B. auch die Einreden der Kompensation oder der Handlungsunfähigkeit, die dem Hauptschuldner zustünden, geltend machen. Es ist dies eine Ausnahme von dem für anderartige Solidarverhältnisse geltenden Grundsatz (s. § 354, Note 3 u. 4). Der von der ersten Kommission genehmigte Entwurf hatte den Selbstzahler auch in diesem Punkt andern solidarisch Verpflichteten gleichgestellt.

[6]) Es ist dieses Rückgriffsrecht in so weit eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über Solidarpflicht, als andere Solidarpflichtige für eine Quote der Gesammtschuld in der Regel selbst einzustehen haben und ihnen der Rückgriff auf die Mitverpflichteten blos hinsichtlich des ihre Theilschuld überschießenden Betrages zukommt (s. § 354 letztes Lemma). Dieses Rückgriffsrecht hat u. A. zur Folge, daß der dem Hauptschuldner gemachte Nachlaß auch dem Bürg und Zahler zu Statten kommt, weil ihm sonst sein Rückgriffsrecht benommen oder dem Hauptschuldner der Nachlaß vereitelt würde.

[7]) Die Einbuße, die der zur Zahlung angehaltene Bürg und Zahler, ohne dafür von dem Hauptschuldner befriedigt zu werden, erleidet, kann er daher pro rata von seinen Mitbürgen sich ersetzen lassen. Entläßt der Gläubiger einen Mitbürgen, so hat das zur Folge, daß die übrigen für dessen Theilschuld nicht mehr haften.

Bezüglich des Verhältnisses zu dem Gläubiger enthält der *Code Nap.* § 2025 und 2026 die Bestimmung, daß, wenn Mehrere für eine und dieselbe Schuld sich verbürgt haben, jeder Theilung der Klage fordern könne (qu'il divise son action), dagegen für allfällige Zahlungsunfähigkeit eines Mitbürgen haften müsse. Es ist diese Bestimmung konsequent auf dem Standpunkt einer, von der Solidarverpflichtung unterschiedenen Gesammtverpflichtung (s. Note 4 zu § 352). Daß auch das

zürch. Ges. § 1797 in diesem Fall an den Grundsätzen der Gesammtschuld festhält, versteht sich.

[8]) Die Frage, ob wer für eine zinsbare Schuld sich verbürgt, nur für das Kapital oder auch für die Zinsen Bürgschaft übernommen habe, ist je nach dem Wortlaute und nach der wahrscheinlichen Intention der Kontrahenten zu beantworten. Die erste Kommission ließ in dieser Hinsicht folgende Anmerkung in ihr Protokoll fallen: „Wenn der Bürge seine Bürgschaft nicht einschränkt, z. B. „für obiges Kapital", so haftet er natürlich bei einem verzinslichen Darlehen auch für die Zinsen." Das österr. Ges. § 1353 und das preuß. L. R. I. 14. § 259 statuiren ausdrücklich die Vermuthung, daß sich die Bürgschaft nicht auf die Zinsen erstrecke. Das Gegentheil präsumirt das zürch. Ges. § 1785, wenn der Bürge wissentlich eine zinstragende Forderung verbürgte. Die röm. Rechtsquellen widersprechen sich (vgl. Puchta § 405).

Analog den Unterpfändern (§ 283) ließ der Entwurf den Bürgen für drei ausstehende Zinsen haften. Daß die Verpflichtung des Bürgen für die ausstehenden Zinsen eingeschränkt werde, ist übrigens der Billigkeit höchst angemessen, da anzunehmen ist, es werde der Bürge seine Bürgschaft, sofern sie sich auch auf die Zinsen erstreckt, in der Voraussetzung übernehmen, daß der Gläubiger die Zinsen ordnungsmäßig einziehen werde.

§ 398.

Pflichten des Gläubigers.

Wird die Schuld von dem Gläubiger oder dem Hauptschuldner gekündet, so muß es der Gläubiger auch dem Bürgen anzeigen, widrigenfalls dem Bürgen, wenn er in der Folge belangt wird, von diesem Zeitpunkt an die gleiche Zahlungsfrist gestattet werden muß, die dem Hauptschuldner zustand. [1])

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so hat dieser ihm auf Verlangen die auf seine Forderung bezüglichen Rechtstitel nebst allfälligen Pfandrechten abzutreten. [2])

[1]) A schuldet dem B mit halbjähriger Kündungszeit Fr. 1000, die von C solidarisch verbürgt sind; B kündet dem Schuldner das Kapital den 1. Jan. 1863, A zahlt aber am 1. Juli (als dem Verfalltag) nicht. Will nun B den C in Anspruch nehmen, so muß er ihm, wenn er ihm die Kündung bis dahin nicht anzeigte, die Zahlungsfrist um ein weiteres halbes Jahr erstrecken. Sollte er ihm aber die erfolgte Kündung z. B. am 1. Febr. angezeigt haben, so würde der Bürge schon am 1. August zahlen müssen. Eben weil der Bürge (einfacher oder Bürg und Zahler) sich nicht zu härteren Bedingungen verpflichtet (s. Note 3 zu § 395), so muß auch ihm gegenüber die vertragsmäßige Kündungsfrist beobachtet werden. Vgl. zürch. Ges. § 1807.

[2]) Der Bürge tritt zwar, so weit er den Gläubiger zahlt, von Rechtswegen in dessen Forderungsrechte gegen den Hauptschuldner ein (§ 400); die Abtretung der Rechtstitel und allfälliger dem Gläubiger zugestandener Pfandrechte kann er erst verlangen, nachdem er den Gläubiger völlig befriedigt hat. Und was insbesondere diese Pfandrechte betrifft, so gehen dieselben nicht von Rechtswegen, sondern erst in Folge einer Zession auf den Bürgen über, während allerdings die Forderungstitel, nach vollbrachter Zahlung, von dem Bürgen als Zubehör des nun auf ihn übergegangenen Forderungsrechtes reklamirt werden könnten. Vgl. österr. Ges. § 1358.

§ 399.

Befreiung von der Bürgschaft.

Der Bürge kann, auch wenn er sich für eine längere Zeit ver-

pflichtet hatte, [1]) so bald die Hauptverpflichtung fällig ist, durch Erfüllung derselben sich von der Bürgschaft befreien, oder auch, wenn er einfacher Bürge ist, dem Gläubiger die Bürgschaft für den Fall aufkünden, daß er nicht innert sechs Monaten den Hauptschuldner belangen würde. [2])

Wenn aber zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner eine Kündungsfrist bedungen war, so läuft jene sechsmonatliche Frist, welche der einfache Bürge dem Gläubiger zur Belangung des Hauptschuldners ansetzen kann, erst von dem Ablauf der Kündungsfrist an. Der Bürge und Zahler kann in solchem Fall, wenn er die Schuld bezahlen will, dieselbe auf die bedungene Kündungsfrist selbst aufkünden. [3])

So weit der Gläubiger nachweisbar durch Fahrläßigkeit in Betreibung des Hauptschuldners oder durch Nichtanmeldung seiner Forderung auf den über letzteren ergangenen Rechnungsruf zu Verlust kommt, ist der einfache Bürge nicht mehr haftbar. [4])

Wenn der Gläubiger auf anderweitige Sicherheiten (z. B. Pfandrechte), die er von dem Hauptschuldner erhielt und die dem Bürgen zur Zeit als er Bürgschaft leistete, bekannt waren, ohne Zustimmung des Bürgen verzichtet, so wird letzterer dadurch für den Werth der preisgegebenen Sicherheit von der Bürgschaft befreit. [5])

[1]) Wird die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit geleistet (§ 395), so erlischt sie mit Ablauf derselben. Es hat dies freilich die Folge, daß eine Bürgschaft, die, bevor die Hauptschuld fällig wird, oder gleichzeitig mit ihrem Verfall erlischt (z. B wenn sie für eine Hauptschuld, die am 1. Juli 1859 fällig wird, nur bis 31. Dez. 1858 oder auch nur bis 1. Juli 1859 geleistet wurde), mit Vorbehalt einer erwiesenen abweichenden Intention der Kontrahenten, illusorisch wird, den Fall ausgenommen, daß der Hauptschuldner innert der Zeit, für welche verbürgt wurde, in Konkurs geriethe, indem durch den Konkurs auch die vertragsmäßig noch nicht fälligen Forderungen fällig werden. Allein es ist Sache des Gläubigers, sich diesfalls vorzusehen. Reicht dagegen die Bürgschaft über die Fälligkeit der Schuld hinaus, so mag der Gläubiger den Hauptschuldner oder, wenn der Bürge Selbstzahler ist, auch diesen selbst zeitig betreiben, beziehungsweise auch die Schuld zeitig aufkünden, wenn eine Kündung bedungen wurde. Vgl. Note 3 zu § 395.) Um die Bürgschaft nicht illusorisch werden zu lassen, haben die Gesetzgebungen sehr verschiedenartige Bestimmungen, deren Auseinandergehen beweist, daß viel Willkür im Spiel ist. (S. preuß. L. R. I. 14 § 913, soloth. Ges. § 1349, luzerner Ges. § 707, zürcher Ges. § 1810.)

Wenn dagegen z. B. A sich dem B verpflichtet, ihm bis 31. Dez. 1858 Fr. 100 zu bezahlen und C verbürgt dieses, so ist diese Bürgschaft keineswegs dahin zu verstehen, daß sie eine der Zeit nach beschränkte sei d. h. mit 31. Dez. 1858 erlösche.

[2]) A schuldet dem B eine von C einfach verbürgte Kaufschuld von Fr. 1000, zahlbar auf 1. Juni. Am 1. Juni bezahlt aber A nicht. Alsdann kann C von dem Gläubiger verlangen, daß er den A innert 6 Monaten d. h. zum 1 Dez. belange, und zwar unter Androhung, wenn dieses nicht geschehe, von der Bürgschaft von dort an zurückzutreten. Dies gilt natürlich nur für den einfachen Bürgen, weil der Selbstzahler nicht die Vorausklage gegen den Hauptschuldner verlangen kann. Schon die gemeinrechtliche Praxis gibt dem Bürgen das Recht, den säumigen Gläubiger zu provoziren (Puchta § 405 a. E.). — Billig muß dem einfachen Bürgen, dessen Verbindlichkeit nur eine subsidiäre ist, ein Mittel an Hand gegeben werden, um sich gegen die ihm möglicherweise nachtheiligen Folgen der Nachläßigkeit

des Gläubigers in Betreibung des Hauptschuldners zu schützen. Dem Selbstzahler bleibt somit, um die Liquidation des Schuldverhältnisses herbeizuführen, nichts anderes übrig, als selbst die Verbindlichkeit zu tilgen, um dadurch den Rückgriff auf den Hauptschuldner zu erwerben (§ 400).

[3]) Z. B A schuldet dem B aus einem Darlehen Fr. 1000, zahlbar auf jeweilige dreimonatliche Kündung. Diese Schuld ist von C einfach verbürgt. Gesetzt nun, C erlasse die ihm, laut Absatz 1, zustehende Aufforderung an den Gläubiger B am 1. Jan., so beginnen die 6 Monate, innert welchen B den A zu belangen hat, erst vom 1. (bez. 2.) April, d. h. vom Ablauf der dreimonatlichen Kündungsfrist zu laufen. In solchem Fall wird daher der Gläubiger gut thun, sobald er jene Aufforderung des Bürgen erhält, dem Schuldner zu künden.

[4]) Wenn z. B. der Schuldner zur Zeit als die Schuld fällig wurde, nachweisbar zahlungsfähig war, der Gläubiger wartet aber mit dessen Betreibung noch ein Jahr lang zu, wonach der Schuldner in Konkurs fällt, derart, daß dem Gläubiger nur 50% seiner Forderung aus der Masse gedeckt werden; so wird der einfache Bürge die Bezahlung der übrigen 50% ablehnen können, wenn er nachweist, daß der Gläubiger, sofern er den Schuldner rechtzeitig betrieben haben würde, von diesem vollständig hätte bezahlt werden können. Dem Selbstzahler steht natürlich eine solche Einrede nicht zu. Der Bürge wird aber nur „so weit" d. h. in dem Maße frei, als dem Gläubiger die Verschuldung zur Last fällt. War also z. B. der Schuldner zur Zeit, als die Schuld fällig wurde, nur zur Leistung der Hälfte fähig, so bleibt der Bürge immer noch für die Hälfte haftbar, wenn auch der Gläubiger in Folge fahrläßigen Zuwartens von dem Hauptschuldner nichts mehr erhalten kann. (Vgl. Thibaut § 612 a. E. und Wangerow III. 144.)

[5]) Z. B. A macht dem B ein Darlehen von Fr. 2000 und läßt sich von ihm als Sicherheit geben: 1) ein Faustpfand im Werth von Fr. 800 und 2) einen Bürgen in der Person des C. Gibt nun A dem B, bevor er von diesem bezahlt ist, das Faustpfand ohne Begrüßung des C zurück, so kann er sich an letzteren fortan blos noch für die Fr. 1200 halten, die durch das Pfand ungedeckt geblieben wären; denn durch jene Rückgabe des Pfandes wurde der Bürge in seinem Rechte verkürzt, im Falle er den Gläubiger hätte bezahlen müssen, von ihm dessen Abtretung zu verlangen (vgl. § 398). Es gilt dies selbstverständlich nicht nur zu Gunsten des einfachen Bürgen, sondern auch des Selbstzahlers. Vgl. österr. Ges § 1360, *Code Nap.* § 2037, zürch. Ges. § 1802.

§ 400.

Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner.

So weit der Bürge den Gläubiger bezahlt, tritt er von Rechtswegen in dessen Forderungsrecht gegen den Hauptschuldner ein [1]) und hat überdies für die in Folge seiner Bürgschaftsleistung gehabten Kosten eine Schadensklage gegen den Hauptschuldner. [2]) Doch stehen dem letzteren, wenn die Zahlung ohne seine Einwilligung oder ohne daß er von dem Bürgen in's Recht gerufen worden wäre, geschieht, gegenüber dem Bürgen alle Einreden zu, die er gegenüber dem Gläubiger hatte. [3])

Sollte der Hauptschuldner gegen die von dem Bürgen beabsichtigte Zahlung Einsprache machen, so kann letzterer, vorausgesetzt, daß die Schuld fällig geworden sei, den Gläubiger zur Klage provoziren. [4])

Der Bürge kann den Hauptschuldner zur Sicherstellung anhalten:

a. wenn er (der Bürge) von dem Gläubiger belangt wird;

b. wenn der, bisher im Kanton angesessene Hauptschuldner seinen Wohnsitz außerhalb desselben zu verlegen im Begriff steht;
c. wenn erhebliche, den Bürgen in seinem Rückgriffsrechte benachtheiligende Veränderungen in den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners einzutreten drohen. [5])

Endlich kann der Bürge nach dem Tode des Hauptschuldners von dessen Erben Sicherstellung verlangen, und, bis solche erfolgt, den Nachlaß, so weit es zu seiner Sicherung erforderlich, mit gerichtlichem Sequester belegen lassen. [6])

Auf einen über den Hauptschuldner ergangenen Rechnungsruf hat der Gläubiger die Wahl, entweder in seinem eigenen Namen oder in demjenigen des Bürgen und Zahlers die verbürgte Forderung bei der Masse anzumelden. Thut er es im Namen des Selbstzahlers, so hat er diesem rechtzeitig Anzeige davon zu machen. Unterläßt er die Anmeldung, so verliert er sein Forderungsrecht gegenüber dem Bürgen und Zahler; unterläßt er die Anzeige an den letzteren, so hat er die demselben daraus erwachsenden Nachtheile zu tragen. [7])

[1]) Wenn der Bürge also auch nur einen Theil der Schuld bezahlt, so tritt er für diesen Betrag an die Stelle des Gläubigers. Ebenso preuß. L. R. I. 14. § 338. Nach röm. R. erwarb er die Regreßklage nicht ipso iure durch die Zahlung, sondern mußte sich das Klagrecht, und zwar bevor er zahlte, von dem Gläubiger abtreten lassen. Das neuere Recht fordert dies nicht. Vgl. österr. Ges. § 1358, *Code Nap.* § 2029.

[2]) Vgl. *Code Nap.* a. a. O. Das preuß. L. R. I. 14. § 354 berechtigt den Bürgen, auch Verzugszinsen zu forden.

[3]) Z. B. A schuldet dem B Fr. 1000, hat aber eine verrechenbare Gegenforderung von Fr. 400. Wenn nun der Bürge C ohne Begrüßung des A die Fr. 1000 dem B bezahlt, so kann A die Verrechnung auch gegenüber C geltend machen und braucht ihm somit blos Fr. 600 zu erstatten, wird ihm aber seine verrechnete Forderung gegen B abtreten müssen, indem er sich sonst auf Kosten des C bereichern würde. Der Bürge muß somit, um sich nicht zu präjudiziren, wenn er freiwillig zahlen will, die Einwilligung des Hauptschuldners einholen. wenn er aber in Folge gegen ihn angehobener Klage zahlen will, denselben ins Recht rufen. Es geht aber letzteres hauptsächlich den Selbstzahler an. Vgl. österr. Ges. § 1361, *Code Nap.* § 2031, zürch. Ges. § 1803.

[4]) Der Fall ist leicht gedenkbar, daß der Hauptschuldner blos in trölerischer Absicht Einsprache erhebt. Für diesen Fall muß dem Bürgen möglich gemacht werden, dennoch zu einer Bereinigung seiner Verpflichtung zu gelangen, woran ihm besonders dann gelegen sein kann, wenn der Schuldner in seinen Vermögensverhältnissen zurückzugehen droht. Es wird dies am besten dadurch thunlich, daß er den Gläubiger zur Klage provozirt. Ist er einfacher Bürge, so kann die Klage des provozirten Gläubigers selbstverständlich nur gegen den Hauptschuldner, ist der provozirende Bürge aber Selbstzahler, so kann die Klage eben so gut gegen ihn selbst gerichtet werden.

[5]) Nach röm. R. konnte der Bürge, jedoch nur in Folge eines besonderen obligatorischen Verhältnisses zum Hauptschuldner (vermöge der Mandatsklage) gegen letzteren schon vor der Zahlung sein Rückgriffsrecht ausüben, wenn derselbe die Befriedigung des Gläubigers verzögert und sein Vermögen zu verschwenden beginnt (L. 38. § 1 D. de fidei. 3. 22 — Puchta § 406). Dasselbe Recht gewährt dem Bürgen in gewissen Fällen der *Code Nap.* § 2032. Andere neuere Gesetze sind aber

mit Recht von dieser antizipirten Rückgriffsklage abgegangen und haben dafür dem Bürgen, freilich in sehr verschiedener Weise, in Fällen eine Klage auf Sicherstellung eingeräumt, in welchen er seines Regresses verlustig zu werden Gefahr läuft.

6) Diese Bestimmung rechtfertigt sich dadurch, daß sonst der Bürge durch Vertheilung des Nachlasses unter eine Menge vielleicht armer Erben in seinem Regresse sehr benachtheiligt werden könnte, übrigens Bürgschaften in der Regel blos aus persönlichen Rücksichten gegen den Schuldner oder mit Rücksicht auf dessen persönliche Eigenschaften eingegangen werden.

7) Handelt es sich um eine einfache Bürgschaft, so hat, wenn der Hauptschuldner in Konkurs fällt, der Gläubiger allein ein Interesse, auf den Rechnungsruf einzulegen, indem ja der einfache Bürge, auch wenn der Gläubiger nicht einlegt, jedenfalls nur für denjenigen Betrag haftet, der von der Masse, falls der Gläubiger seine Forderung angemeldet hätte, ungedeckt geblieben wäre. (S. § 399, 3tes Lemma.) Anders verhält es sich im Grund beim Bürgen und Zahler. Da nämlich der Gläubiger diesen mit Umgehung des Hauptschuldners belangen kann, so hätte der Selbstzahler, um für solchen Fall sich einen Regreß am Hauptschuldner bez. dessen Masse möglichst zu sichern, ein selbständiges Interesse, daß die von ihm verbürgte Forderung eingelegt werde. Es hatte daher der von der ersten Kommission genehmigte Entwurf bestimmt, daß „auf einen über den Hauptschuldner ergangenen Rechnungsruf der Bürge und Zahler, wenn er sein Rückgriffsrecht gegen die Masse geltend machen wolle, die verbürgte Forderung für den Fall, daß solches nicht von dem Gläubiger geschähe, anzumelden habe.“ Die zweite Kommission fand es aber der Billigkeit angemessen, den Selbstzahler von der Verpflichtung, die Forderung bei der Masse des Hauptschuldners anzumelden, loszusprechen und sie dagegen dem Gläubiger zu überbinden.

Anmerk. Der Uebergang sowohl der Bürgschaftsberechtigung als der Bürgschaftsverpflichtung auf die Erben ist selbstverständlich („fideiussor et ipse obligatur et heredem obligatum relinquit“). Nach österr. Ges. (§ 1367) erlischt aber die Bürgschaft, wenn sie nicht innert drei Jahren nach dem Tode des Bürgen bei dessen Erben „eingemahnt“ wird. Das zürch. Ges. § 1813 verlangt, daß letztere binnen zwei Jahren von der Bürgschaft „in Kenntniß gesetzt“ werden.

II. Gegenseitige (entgeltliche) Verträge.

A. Kaufvertrag.

1. Hauptvertrag.

§ 401.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Kaufvertrag kommt dadurch zu Stande, daß Einer (der Verkäufer) einem Andern (dem Käufer) das Eigenthum an einer Sache [1]) oder ein anderes Vermögensrecht [2]) zu überlassen, letzterer dagegen dem ersteren dafür eine Geldleistung (die Bezahlung eines Preises) [3]) verspricht.

Kaufverträge über Liegenschaften werden zwischen den Kontrahenten nur gültig durch die schriftliche Abfassung und durch die Unterschrift der Kontrahenten. [4])

Noch drei Tage lang nach der schriftlichen Abfassung und Unterzeichnung des Vertrages steht es jedem der Kontrahenten frei, von demselben zurückzutreten, ohne daß der andere Theil auf Erfüllung klagen kann.[5])

Der zurücktretende Kontrahent ist jedoch verpflichtet, dem andern Theil eine Entschädigung von einem Prozent des Kaufpreises zu bezahlen.

Eine allfällige Verzichtleistung auf das Rücktrittsrecht vor Ablauf der dreitägigen Reufrist ist für den Verzichtleistenden unverbindlich.

Die Rücktrittserklärung ist beim betreffenden Ortsvorsteher abzugeben.

[1]) Nach röm. R. wurde durch den Kaufvertrag blos das Eigenthumsrecht, das Eigenthum selbst aber durch die Besitzesübergabe erworben (Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. L. 15. C. de R. V. 3 32). Nach dem *Code Nap.* § 1583 dagegen geht das Eigenthum sofort nach Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über. Ueber die diesfälligen Grundsätze unseres Ges. s. § 186 Note 3 und 4.

[2]) Z. B. ein Forderungsrecht. Sogar die Anwartschaft oder Aussicht auf zukünftige und, sei es überhaupt sei es nur hinsichtlich ihrer Quantität und Qualität, noch ungewisse Vermögensobjekte (wie eine bevorstehende Erndte) können Gegenstand des Kaufvertrages werden, in welchem Falle derselbe Hoffnungskauf (pactum de spe und pactum rei speratae) genannt wird.

[3]) Nach dem röm. Grundsatze „sine pretio nulla venditio est“ L. 2 § 1 D. h. t.). Das röm. R. und Partikulargesetzgebungen verlangen überdieß, daß der Preis bestimmt (pretium certum) oder einem Dritten zur Bestimmung überlassen worden sei. In dieser Beziehung greift der allgemeine Grundsatz (§ 320 Ziff. 3) Platz.

[4]) Die Schriftlichkeit von Kaufverträgen über Liegenschaften wurde, mit Recht, von der zweiten Kommission bestimmt, um Uebereilungen zu verhüten.

[5]) Diese Reufrist wurde von dem Großen Rathe, auf einen individuellen Antrag hin, bestimmt — aus gewiß übertriebener Besorgniß vor Uebereilungen und zugleich gleichsam als Ersatz für das dahingefallene Zugrecht. Es ist aber vorauszusehen, daß die Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift sich nicht bewähren wird.

Anmerk. 1. Die Stat. von Bergün (Art. 1) enthielten die merkwürdige Bestimmung, daß alle Kaufverträge, um gültig zu sein, den (3) Schätzern (pritschaduors) eingegeben und von diesen in ihr Buch (in igl cudasch da pritschaduors) eingetragen werden müssen. Diese Schätzer hatten zugleich die Pflicht, die Parteien zu ermahnen, redlich und aufrichtig zu verfahren. Somit bildete dieses Schätzerbuch bei Liegenschaftsverkäufen zugleich die Grundlage für das Zugrecht und versah in so weit die Stelle eines öffentl. Kaufprotokolls. Die Schätzer hatten auch die Güter zu schätzen und nöthigenfalls zu messen. — Auch nach den Stat. von Fürstenau und Ortenst. bedurften Käufer von Liegenschaften der obrigkeitl. Schätzung und Genehmigung. In unsern alten Urkunden kommt das „vendere“ in der allgemeinen Bedeutung von eigenthümlich übertragen, selbst für unentgeltliche Abtretungen, vor, im Gegensatze zu „concedere“, der nießbräuchlichen und lehensweisen Uebertragung.

Anmerk. 2. Da alle Menschen sich einander in der Rechtsfähigkeit gleichstehen (§ 5), können solche nicht als Sache behandelt und somit Gegenstand des Kaufes und Tausches sein, wie dies im Mittelalter hinsichtlich der Leibeigenen auch bei uns der Fall war. (S. Beispiele hievon in Mohr Cod. dipl., wie: in

den Urkunden von 1271, 17. April (I. Nr. 260), 17. April 1273 (I. Nr. 269), 15. Jan. 1277 (I. Nr. 285) u. s. w.

Anmerk. 3. Ueber die Beschränkungen, deren ehemals auch bei uns die Veräußerung von Liegendem durch Familien-, Herrschafts- und Genossenschafts-Bande unterworfen war s. Anmerk. zu § 408.

§ 402.

Pflichten des Verkäufers.

Der Verkäufer ist schuldig, die verkaufte Sache nebst Zubehörden und Früchten [1]) dem Käufer zu übergeben, [2]) jedoch nur gegen Bezahlung des Kaufpreises, wenn dieser nicht ausdrücklich oder stillschweigend [3]) kreditirt wurde.

Bis zur Uebergabe der Sache oder bis zu dem Zeitpunkte, in welchem sie der Käufer, nachdem sie ihm zur Verfügung gestellt wurde, hätte in Empfang nehmen, beziehungsweise Anweisung zur Versendung geben können, bei Liegenschaften bis zur Eintragung ins Grundprotokoll (§ 186), trägt der Verkäufer ihre Gefahr und Lasten; [4]) von da an trägt sie der Käufer. Doch haftet der Verkäufer, selbst nachdem die Gefahr der verkauften Sache auf den Käufer überging, für deren Verwahrung und Bewahrung wie ein Depositar (§ 378 ff.) so lange sie sich in seinem Besitze befindet. [5])

Gefahr und Kosten von Versendungen trägt der Käufer oder Verkäufer, je nachdem der Vertrag an dem Versendungs- oder an dem Bestimmungsort zu erfüllen ist. [6])

Bei einem Vertrage, der am Wohnorte des Verkäufers zu erfüllen ist, haftet der Verkäufer, wenn er ohne oder wider den ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrag des Käufers die Sache versendet, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 391).

Wurde Frankolieferung bedungen, so wird vermuthet, der Verkäufer habe den Vertrag da zu erfüllen, wohin er die Sache kostenfrei zu versenden hat. [7])

[1]) Also auch mit den einschlagenden Urkunden; ebenso mit den nach Abschluß des Vertrages von einem verkauften Thiere gefallenen Jungen (vgl. soloth. Ges. § 1060).

[2]) Wurde für die Erfüllung keine Zeitfrist bestimmt, so kann der Käufer nach allgemeinen Grundsätzen (§ 332) die Uebergabe sofort verlangen. Die Folgen der nicht rechtzeitigen Uebergabe sind ebenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 340) zu beurtheilen. Nach dem *Code Nap.* (§ 1613) braucht der Verkäufer die Sache nicht zu übergeben, wenn inzwischen der Käufer in „Konkurs" oder „Vermögensverfall" gerathen ist, so daß der Verkäufer augenscheinlich Gefahr läuft, den Kaufpreis zu verlieren. Zufolge desselben Gesetzbuches (§ 1610) kann dagegen der Käufer, wenn der Verkäufer auf die verabredete Zeit die Sache nicht übergibt, von dem Vertrage zurücktreten. Letzteres läßt auch das zürch. Ges. § 1401 im kaufmännischen Verkehre zu. In beiderlei Beziehungen ist das Erforderliche in den §§ 337 und 340 vorgesehen.

[3]) Wenn der Verkäufer die verkaufte Sache z. B. ohne Zahlung zu fordern dem Käufer übergibt und längere Zeit beläßt, so ist in der Regel auf eine stillschweigende Kreditirung des Kaufschillings zu schließen. (Vgl. § 403.)

4) Die Gefahr der Sache geht also mit dem Momente auf den Käufer über, in welchem der Verkäufer die ihm obliegende Verpflichtung erfüllt hat, beziehungsweise der Käufer in der Anhandnahme des Gegenstandes in Verzug geräth. Dieser Verzug beginnt aber mit dem Moment, in welchem der Käufer den Kaufgegenstand nach den gegebenen Umständen hätte in Empfang nehmen oder, wenn eine Versendung nöthig ist, dem Verkäufer den Boten oder Fuhrmann 2c. zur Uebergabe hätte anweisen können. Wenn z. B. A dem B in X eine Kuh, die sich in Z befindet und hier von B abgeholt werden muß, verkauft, so geht die Gefahr derselben, mag auch A dem B das Thier sofort zur Verfügung stellen, nicht unmittelbar mit dem Vertragsabschluß, sondern nach Verfluß derjenigen Zeit auf B über, welche letzterer zur Abholung der Kuh bedurft hätte. Das röm. Recht läßt, nicht genau, die Gefahr mit der Perfektion des Vertrages auf den Käufer übergehen („Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. L. 8. pr. D. h. t.).

Eben so lange als der Verkäufer die Gefahr der Sache trägt, hat er auch die mit dem Eigenthum verbundenen Lasten, z. B. Abgaben, zu tragen. Vgl. preuß. L. R. I. 11. § 105. Das berner Ges. (§ 808) hat die singoläre Bestimmung, daß der Käufer, wenn der Gegenstand vor der Uebergabe beschädigt wird, von dem Vertrage zurücktreten kann. In solchen Fällen kommen aber die Grundsätze sei es über Gewährleistung, sei es über das Depositum in Anwendung.

5) Selbst nachdem die Gefahr der Sache auf den Käufer übergegangen ist, beziehungsweise letzterer in Verzug geräth, ist der Käufer pflichtig, die Sache wie ein Depositar zu verwahren (wenn er es nicht vorzieht, sie gerichtlich zu hinterlegen), haftet aber, wie dieser, nur für grobe Fahrläßigkeit. Für nothwendige Verwendungen kann er selbstverständlich, wie ein Depositar, Ersatz fordern (L. 3 § 22 D. de peric. 18. 6). Vgl. österr. Ges. § 1061 und zürch. Ges. § 1399.

6) Da Verträge im Zweifel am Wohnorte des Verpflichteten zu erfüllen sind (§ 331) wird somit im Zweifel der Transport auf Gefahr und Kosten des Käufers gehen. Vgl. zürch. § 1444.

7) Z. B. A in Chur kauft von dem Klaviermacher B in Stuttgart ein Klavier für Fr. 1200 franko Chur, so wird, wenn eine abweichende Absicht der Kontrahenten nicht erweisbar ist, angenommen, der Vertrag sei von B nicht in Stuttgart, sondern in Chur zu erfüllen, woraus folgt, daß B die Gefahr des Klaviers bis zu dessen Uebergabe in Chur trägt.

Anmerk. Die meisten Gesetzgebungen reihen hier die Bestimmungen über Gewährleistung an, die aber unser Gesetz in dem allgemeinen Theil (§ 343 ff.) enthält. Namentlich enthalten der *Code Nap.* und verschiedene Schweizergesetze Bestimmungen über Gewährleistung des Maaßes verkaufter Liegenschaften, wonach z. B. der Verkäufer alsdann für das Maaß nicht haftet, wenn dasselbe nur „ungefähr" angegeben ist u. s. w. — Nach den Poschiaver St. konnte der Verkäufer, wenn er den Kaufpreis erhalten hatte, summarisch durch Amtsgewalt zur Uebergabe der Sache angehalten werden, wogegen er mit seinen allfälligen Einreden erst nachträglich zugelassen wurde.

§ 403.

Pflichten des Käufers.

Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen und zwar auf den Zeitpunkt, auf welchen er die gekaufte Sache erhielt oder hätte an Hand nehmen können und sollen, es wäre denn, daß ihm derselbe kreditirt würde.[1]) Geht aus den Umständen hervor, daß der Verkäufer dem Käufer die verkaufte

Sache bloß unter der Voraussetzung einer sofortigen Bezahlung anvertraute, so ist der Vertrag als ein mit aufschiebender Bedingung abgeschlossener zu behandeln, so jedoch, daß der Verkäufer die verkaufte Sache im Falle der Nichtbezahlung unverzüglich zurückverlangen muß, wenn der Kaufpreis nicht als kreditirt angesehen werden soll. [2])

Wurde der Kaufpreis kreditirt, jedoch dessen Verzinsung verabredet, so wird letztere im Zweifel von dem Zeitpunkte an verstanden, auf welchen der Kaufpreis selbst, wenn er nicht kreditirt worden wäre, hätte bezahlt werden sollen. [3])

[1]) Der *Code Nap.* §§ 1654—1657 bestimmt, daß wenn der Käufer den Kaufpreis nicht rechtzeitig bezahlt, der Verkäufer, wenn es sich um Liegenschaften handelt, die Aufhebung des Vertrages durch das Gericht verlangen könne, während mit Bezug auf bewegliche Sachen die Auflösung desselben ipso sure eintritt. Nach dem soloth. Ges. § 1071. kann der Verkäufer einer beweglichen Sache, wenn ihm der Käufer zur Zeit als ihm dieselbe angeboten wird, die Zahlung nicht leistet, von dem Vertrage zurücktreten und zufolge des luzerner Ges. § 628 haftet die bewegliche Sache, wofür der Preis sogleich hätte bezahlt werden sollen, 14 Tage lang als Pfand für die Kaufsumme. — Nach röm. R. erwarb der Käufer (den Kreditverkauf vorbehalten) erst durch Bezahlung des Preises das Eigenthum an der gekauften Sache.

[2]) Der Umstand, daß der Verkäufer dem Käufer ohne, Zug um Zug, Bezahlung zu erhalten, die verkaufte Sache übergibt, beweist nicht unbedingt, daß der Preis kreditirt werden wollte. Namentlich wird dies z. B. in der Regel nicht anzunehmen sein hinsichtlich der in Marktbuden oder von durchreisenden Kaufleuten gekauften Waaren. Wenn nicht kreditirt werden wollte, kann der Verkäufer, sofern nicht sogleich bezahlt wird, den Vertrag dadurch rückgängig machen, daß er die verkaufte Waare sogleich zurückfordert. Sollte er aber die Sache trotz der nicht erfolgten Bezahlung längere Zeit in Handen des Käufers belassen, so wird angenommen, er habe den Kaufpreis kreditiren wollen, so daß er nur ein Recht auf letzteren, nicht aber auf die verkaufte Sache behält. Vgl. zürch. Ges. § 1430. Nach dem preuß. L R. I. 11. § 224 ist das Kaufgeld als geborgt anzusehen, wenn der Verkäufer nicht innert acht Tagen den Käufer um Zahlung belangt. Nach österr. Ges. § 1063 dagegen wird die Sache unter allen Umständen als auf Borg verkauft angesehen, wenn sie ohne den Kaufpreis zu erhalten übergeben wird.

[3]) Ist die Verzinsung nicht bedungen, so treten nur Verzugszinsen ein, und zwar wenn für die Zahlung eine Frist bestimmt war, von dem Verfalltage an, war aber keine Frist bestimmt, von der Mahnung an (§ 340). Wurde dagegen Verzinsung bedungen, ohne deren Beginn näher zu bestimmen, so ist anzunehmen, dieselbe beginne mit dem Moment, in welchem der Käufer die Sache erhielt oder hätte in Empfang nehmen können, ohne Rücksicht darauf, ob für die Zahlung eine Frist bestimmt worden oder nicht und ob eine Mahnung erfolgte oder nicht. Komplizirter sind die einschlägigen Bestimmungen des zürch. Ges. §§ 1433 und 1434. Nach dem *Code Nap.* § 1652 findet die Verzinsung selbstverständlich statt, wenn die verkaufte und überlieferte Sache „Früchte oder andere Einkünfte trägt."

Anmerk. Als charakteristische Bestimmung mehrerer unserer Statuten (z. B. der Fürstenauer und Oberhalbsteiner) verdient Erwähnung, daß es für strafbar erklärt war, „mehr zu kaufen als man bezahlen mag."

2. Nebenabreden.

§ 404.

Vorbehalt der Billigung.

Wird der Kaufvertrag unter Vorbehalt der Billigung (auf Besicht, Probe, Versuch) abgeschlossen, so wird, je nachdem der Kaufpreis ganz oder theilweise bezahl wurde oder nicht, im Zweifel angenommen, der Vertrag sei, wenn der Kaufpreis bezahlt ist, mit der auflösenden Bedingung, daß der Käufer mißbilligen werde, wenn dagegen der Kaufpreis nicht bezahlt ist, mit der aufschiebenden, daß der Käufer billigen werde, abgeschlossen. [1])

Wurde zu Abgabe der Erklärung keine Frist bedungen, so kann der Verkäufer dem Käufer, wenn dieser damit zögert, eine Nothfrist zu Abgabe der Erklärung festsetzen. [2])

[1]) Z. B. A kauft von dem Klaviermacher B ein Klavier als Geschenk für seine Frau unter der Bedingung, daß es letzterer gefalle. Es frägt sich nun, ob der Kaufvertrag erst durch die Zufriedenheitserklärung der Frau als abgeschlossen anzusehen sei, so daß das Klavier bis dahin auf Gefahr des B steht, oder ob der Vertrag zwar als vorläufig perfekt anzusehen sei, so jedoch, daß er, wenn die Frau nicht billige, wieder aufgelöst werden könne, in welchem Fall das Klavier sofort nach dem Vertragsabschluß auf Gefahr des A stünde, so daß dieser einen allfällig am Klavier sich ereignenden Zufall von da an zu tragen hätte. Unser Gesetz macht nun die Beantwortung dieser Frage davon abhängig, ob A den Kaufpreis für das Klavier ganz oder theilweise bezahlte oder nicht. Bezahlte er den Kaufpreis ganz oder theilweise, so wird das Letztere (Vertrag mit auflösender Bedingung), im entgegengesetzten Falle wird aber das Erstere (Vertrag mit aufschiebender Bedingung) angenommen. Die Gesetzgebungen gehen darin sehr auseinander. Das röm. R. und der *Code Nap.* behandeln jeden Vorbehalt der Billigung als Suspensivbedingung. Eben so in der Regel das zürch. Ges. (§ 1392). Das soloth. und aarg. Ges. behandeln ihn als Resolutivbedingung und gestatten im Zweifel die Rückgabe (im Falle der Mißbilligung) nur innert 8 beziehungsweise 10 Tagen. Das Entscheidende ist aber ohne Zweifel, ob der Kaufpreis schon bei Anhandnahme der Sache bezahlt wurde oder nicht, indem in jenem Falle die Absicht der Kontrahenten klar ist, den Kauf als vorläufig abgeschlossen zu behandeln, während in letzterem Falle die Absicht eben so klar ist, ihn einstweilen in der Schwebe zu belassen, d. h. im ersteren Falle das Eigenthum sofort auf den Käufer überzutragen, in letzterem es dem Verkäufer vorzubehalten. Vgl. österr. Ges. § 1081.

Ist der Vorbehalt als Suspensivbedingung anzusehen, so haftet der Käufer selbstverständlich als Depositar und zwar als honorirter. Das österr. Ges. § 1080 erklärt ihn während der Probezeit als Entlehner, das preuß. L. R. I. 11. § 259 als „Verwalter einer fremden Sache." — Das österr. Ges. (§ 1082) nimmt übrigens die Probezeit im Zweifel für bewegliche Sachen zu 3 Tagen, für unbewegliche zu 1 Jahr an.

Im Falle der Mißbilligung ist der Käufer, wenigstens wenn der Vorbehalt allgemein lautete, zu Angabe von Gründen natürlich nicht verbunden.

[2]) Lehrer des gemeinen Rechtes gestatten sogar dem Verkäufer, dem Käufer eine solche Frist außergerichtlich mit der Rechtsfolge anzuberaumen, daß er sonst von dem Handel zurücktreten und anderweitig über die Sache verfügen werde. Ebenso zürch. Ges. § 1393.

§ 405.

Kauf nach Muster.

Wird der Kaufvertrag nach Muster (nach Probe), d. h. so abgeschlossen, daß der Gegenstand desselben einem gewissen Muster entsprechen soll, [1]) so liegt der Beweis der Nichtprobehaltigkeit im Zweifel dem Käufer ob. [2])

[1]) Z. B. der Weinhändler A bietet dem B Wein zu Fr. 1. 50 per Maß an und zwar gemäß eines ihm zugestellten Musters. B bestellt hierauf bei ihm 10 Saum nach Muster.

[2]) Behauptet der Käufer B, der von dem Weinhändler A ihm gelieferte Wein entspreche nicht dem Muster, so wird daher, wenn die Kontrahenten sich nicht anders verstanden, B den Beweis davon zu leisten haben. Es liegt dies in der Natur der Sache, da der Käufer alsdann allein im Besitze des Beweismittels (nämlich des betreffenden Musters) sich befindet. Welchem von beiden Theilen der Beweis der Aechtheit beziehungsweise der Unechtheit des Musters obliege und ob und welchem von beiden Theilen etwa ein richterlicher Eid zu Ergänzung des Beweises aufzuerlegen sei, muß sich aus der besondern Sachlage ergeben. Das zürch. Ges. (§ 1448) berechtigt denjenigen, der dem Andern das Muster gab, von letzterem (an der Stelle des in Zürich beseitigten Eides) die Versicherung auf Ehre und Gewissen zu verlangen, daß das Muster echt sei, so zwar, daß dem ersteren der Beweis der Unechtheit vorbehalten bleibt — Das soloth. Ges. § 1073 und 1073 und aarg. Ges. § 678 schreiben Rückgabe der nichtprobehaltigen Sache innert 14 beziehungsweise 10 Tagen vor.

§ 406.

Vorbehalt eines besseren Käufers.

Wird der Kaufvertrag unter Vorbehalt eines besseren Käufers abgeschlossen, [1]) so ist im Zweifel, wenn die Vollziehung des Vertrages ganz oder theilweise (durch Uebertragung des Gegenstandes oder Bezahlung des Kaufpreises) schon erfolgte, die Nebenabrede als auflösende, im entgegengesetzten Fall aber als aufschiebende Bedingung zu betrachten. [2])

Dem Verkäufer steht frei, das bessere Gebot anzunehmen oder nicht. [3]) Wurde der Vorbehalt an keine Zeitfrist geknüpft, so kann eine solche auf Begehren durch den Kreispräsidenten anberaumt werden.

Auf Versteigerungen finden obige Bestimmungen keine Anwendung. [4])

[1]) Z. B. A verkauft dem B ein Haus mit dem Vorbehalt, wenn ein Anderer mehr dafür biete, es diesem überlassen und dagegen von dem mit B abgeschlossenen Vertrag zurücktreten zu können.

[2]) Auch hier ist die begonnene beziehungsweise erfolgte oder noch nicht begonnene Vollziehung des Vertrages entscheidend zu Beantwortung der Frage, ob die Nebenabrede als aufschiebende oder als auflösende Bedingung zu betrachten sei. Vgl. Note 1 zu § 404. Das röm. R. macht diese Unterscheidung nicht, sondern ist geneigt, unter allen Umständen die in diem addictio als eine Resolutivbedingung zu betrachten.

[3]) Das preuß. L. R. räumt zugleich, wie das röm. R., dem ersten Käufer gegenüber dem zweiten ein Vorkaufsrecht ein.

4) Die Steigerung ist im Grund nichts als ein Kaufvertrag, der mit jedem Steigernden mit dem Vorbehalt eines bessern Käufers geschlossen wird; nur wird der Verkäufer durch jedes höhere Angebot gegenüber dem vorausgegangenen niedrigeren gebunden.

§ 407.

Vorbehalt des Eigenthums.

Wird bei einem Kaufvertrag das Eigenthum an der verkauften Sache bis zur Bezahlung des Kaufpreises ausdrücklich vorbehalten,[1]) so ist dieser Vorbehalt als eine aufschiebende Bedingung zu betrachten, dergestalt, daß das Eigenthum an der Sache erst mit dem Eintritt dieser Bedingung auf den Käufer übergeht.[2]) Handelt es sich um den Verkauf von Liegenschaften, so kann die zum Eigenthumsübergang erforderliche Eintragung des Vertrages in das Grundprotocoll erst nach Eintritt jener Bedingung (d. h. nach Bezahlung des Kaufpreises) erfolgen.[3])

Wenn eine unter Vorbehalt des Eigenthums verkaufte bewegliche Sache von dem Käufer vor dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung an einen Dritten veräußert wird, so kann der Verkäufer von dem letzteren nur dann die Rückgabe fordern, wenn diesem jene Bedingung bekannt war.

Das Kaufschillingsrecht ist nicht als Eigenthumsvorbehalt, sondern als Grundversicherung auf dem Kaufgegenstand anzusehen[4]) (§ 280).

Sollte bei dem Vorbehalt des Eigenthums keine Frist zur Bezahlung des Kaufpreises bedungen worden sein, so kann eine solche auf Begehren des Verkäufers durch den Kreispräsidenten anberaumt werden.

1) Z. B wenn A dem B ein Haus um Fr. 10,000 oder C dem D ein Pferd um Fr. 1000 mit dem Vorbehalt verkauft, daß das Eigenthum daran so lange auf den Käufer nicht übergehen soll, bis dieser den bedungenen Kaufpreis bezahlt haben wird. Es ist dieses das röm. pactum reservati dominii.

2) Sollte der Käufer den Gegenstand wegen nicht erfüllter Bedingung (wegen Nichtbezahlung des Kaufpreises) zurückstellen müssen, so wird er hinsichtlich seiner darauf gemachten Verwendungen als redlicher Besitzer (§ 216) zu behandeln sein.

3) Die Eintragung einer mit Vorbehalt des Eigenthums veräußerten Liegenschaft in das Kaufprotokoll wird bis zur erfüllten Bedingung nicht erfolgen können, da diese Eintragung eben den Uebergang des Eigenthums bezweckt.

4) Es war das Kaufschillingsrecht ursprünglich ohne Zweifel ein wirklicher Eigenthumsvorbehalt, hat aber dermalen bei uns gänzlich den Charakter eines Pfandrechtes angenommen. (Es entspricht dieses Kaufschillingsrecht dem röm. pactum reservatae hypothecae). Das luzern. Gesetz § 624 ertheilt dieses Recht ipso iure jedem Verkäufer einer Liegenschaft.

Anmerk. Wenn der Rückfall des Eigenthums bedungen würde, so hätte diese Nebenabrede den Charakter einer Resolutivbedingung. Da in solchem Falle das Eigenthum sogleich auf den Käufer übergehen soll, kann bei Liegenschaften die Protokollirung auch sofort stattfinden.

§ 408.

Vorkaufsrecht.

Bedingt sich der Verkäufer das Vorkaufsrecht aus, so erlangt er dadurch das Recht, den Kaufgegenstand jeweilen zu dem von einem Dritten angebotenen Preise und unter eben so günstigen Bedingungen käuflich wieder an sich zu ziehen. [1]) Dritten gegenüber gibt dieser Vorbehalt, wenn er ihnen nicht bekannt oder (mit Bezug auf Liegenschaften) in dem Grundbuch nicht vorgemerkt war, kein Klagerecht [2]) und erlischt, wenn er nicht ausdrücklich auf die Erben des Berechtigten erstreckt ist, mit dem Tode desselben. [3])

Ein dingliches Vorkaufsrecht (Näherrecht, Zugrecht) kann auch selbständig d. h. ohne gleichzeitigen Verkauf bestellt werden, jedoch nur mit Bezug auf Liegenschaften, und zwar durch Eintragung in das Grundbuch. [4])

Wird die mit einem dinglichen Vorkaufsrecht belastete Liegenschaft an einen Dritten verkauft, so hat der Vorkaufsberechtigte innert der Nothfrist von zwölf Wochen, von der gesetzlichen Bekanntmachung an gerechnet, sein Vorkaufsrecht, insofern er darauf nicht verzichten will, geltend zu machen. [5])

Unter allen Umständen erlischt das Vorkaufsrecht mit dem Ablauf von 50 Jahren von dem Tage des Verkaufes an. [6])

[1]) Wenn z. B A dem B ein Haus um Fr. 10,000 mit dem Vorbehalt des Vorkaufsrechtes verkauft und C bietet später dem B dafür Fr. 12,000, so ist A berechtigt, um den nämlichen Preis das Haus selbst wieder an sich zu ziehen. Es kommt indeß oft nicht blos auf den Preis, sondern auch auf die Nebenbedingungen z. B. der Zahlungstermine oder des Zinsfußes u. s. w. an. Solche Nebenbedingungen müssen daher auch von dem Vorkaufsberechtigten eingegangen werden. Vgl. österr. Ges. § 1077. Mit Vorbedacht heißt es „unter eben so günstigen“ und nicht „unter den nämlichen“, um damit chikanösen Einreden vorzubeugen. Die Nebenbedingungen müssen übrigens natürlich der Art sein, daß an deren Erfüllung der zweite Verkäufer ein reelles rechtliches Interesse hat und nicht etwa blos aus Chikane die Ausübung des Vorkaufsrechtes damit zu verhindern bezwecken kann. So weit aber ein rechtliches Interesse nachweisbar ist, wird es wohl meist von dem Vorkaufsberechtigten selbst abhangen, ob er. wenn auch nur etwa durch ein reichliches Aequivalent, eben so günstige Bedingungen stellen will.

Es ist dieses Vorzugsrecht übrigens nicht nur beim Kaufe, sondern auch bei anderartigen Veräußerungen (Eigenthumsübertragungen), wie z. B. bei dem Tausche gedenkbar, vorausgesetzt, daß das Aequivalent (die bedungene Gegenleistung) überhaupt schätzbar sei. Auch bei Pacht- und Miethverträgen kann ein solches Vorzugsrecht bez. die Verpflichtung, die Sache einem Andern unter gleich günstigen Bedingungen zu überlassen (obligatio offerendi), vorkommen.

[2]) Es ist somit das Vorkaufsrecht, wenn ihm nicht durch die Eintragung in das Grundbuch der dingliche Charakter ertheilt wird, eine wesentlich persönliche Berechtigung. Verkauft also B das ihm von A mit Vorbehalt des Vorkaufsrechtes veräußerte Haus dem C um Fr. 12,000, ohne es um den nämlichen Preis dem A angeboten zu haben, so kann dieser, wenn das Vorkaufsrecht nicht in das Grundprotokoll eingetragen war, nur dann von C die Abtretung des Hauses (gegen Eintritt in die Kaufsbedingungen) verlangen, wenn er beweist, daß C von jenem Vorbehalt des Vorkaufsrechtes wußte, somit arglistig handelte. Auch nach gemei-

nem Rechte konnte man diesem Vertrag die Dinglichkeit geben durch das pactum reservati dominii oder indem man sich eine Hypothek geben ließ.

3) Ist das Vorkaufsrecht zu Gunsten der Erben nicht ausbedungen, so darf vermuthet werden, der Verkäufer habe dasselbe nur seiner Person vorbehalten wollen. Das österr. Ges. § 1074 läßt selbst die vertragsmäßige Erstreckung des Vorkaufsrechtes auf die Erben nicht zu.

4) Es kann sich also z. B. der Hausbesitzer A von seinem Nachbarn B ein Vorkaufsrecht mit Bezug auf dessen Haus ausbedingen, ungeachtet ihm A dieses Haus nicht verkaufte. Es versteht sich, daß auch das selbständig bestellte Vorkaufsrecht nur dann dinglich wirkt, wenn es protokollirt wurde, was natürlich nur für Liegenschaften möglich ist. Die Bestellung von Vorkaufsrechten zu Gunsten angrenzender Grundstücke (als Näherrecht) ist sogar im Interesse der Landwirthschaft zum Behufe der Güterarrondirung wünschbar. Vgl. zürch. Ges. § 1459.

5) Es ist dies ein von der zweiten Kommission gemachter Zusatz. Unter der „gesetzlichen Bekanntmachung" kann nur die Eintragung in das Grundbuch verstanden sein.

6) Wenn zwar die Bestellung eines Vorkaufsrechtes, sei es in Verbindung mit einem Kaufvertrage sei es unabhängig von einem solchen, bestellt und sogar auf die Erben erstreckt werden darf, so ist doch dessen zeitliche Begrenzung wünschbar, damit nicht dieses schwebende Rechtsverhältniß perpetuirt werde. Wird daher das Vorkaufsrecht auch für die Erben bestellt, so geht es auf letztere nur unter der Voraussetzung über, daß der Berechtigte vor Ablauf von 50 Jahren sterbe. — Der Entwurf hatte die Dauer des Rückkaufsrechtes auf 30 Jahre festgesetzt. Die zweite Kommission dehnte sie auf 50 Jahre aus.

Anmerk. Durch diese Bestimmung fiel endlich unser früheres gesetzliches Vorkaufsrecht der Blutsverwandten (Zugrecht), das jedoch nicht gegen den Verkäufer, sondern gegen den Käufer gerichtet und in so weit dinglicher Natur war. Dasselbe war altdeutschen Ursprungs. Das gesetzliche Vorkaufsrecht (Zugrecht, Retraktrecht) äußerte sich in dem deutschen Rechte in verschiedener Weise, nämlich:

a) als Erblosung, wonach den nächsten Erben des Verkäufers, wenn dieser ein Grundstück ohne ihre Einwilligung verkauft hatte, zustand, dasselbe, meist binnen Jahr und Tag, an sich zu ziehen (sich desselben zu „unterwinden");
b) als Näherrecht in der Weise, daß dieses Zugrecht den sog. „Getheilen" d. h. den Besitzern angrenzender Grundstücke, die ursprünglich mit dem zu veräußernden oder veräußerten ein Ganzes bildeten, zukam;
c) als Marklosung in der Weise, daß, wenn weder Blutsfreunde noch Getheilen vorhanden waren oder das Zugrecht geltend machten, die Markgenossen (auf heutigem Standpunkte „Gemeindsbürger") dasselbe geltend machen konnten.

Auch kam ein gesetzliches Vorkaufsrecht resp. Zugrecht des Grundherrn vor.

In unserem älteren Recht kamen alle diese Zugsarten in verschiedenen Formen vor, wie denn das Zugrecht derjenige Gegenstand war, mit welchem unsere Statuten sich mit besonderer Vorliebe beschäftigten, wie namentlich diejenigen von Chur, des Oberbundes, von Klosters, Davos, V Dörfer u. s. w. Auch dehnten verschiedene Statuten das Zugrecht nicht nur auf jede Eigenthumsübertragung, sondern namentlich auch auf Pachten und sogar auf Miethen und Verpfändungen aus Den größten Einfluß auf die Gesetzgebung über das Zugrecht scheint die „Zugsordnung" des alten Churer St. R. geübt zu haben. Zufolge derselben waren Blutsverwandte bis zum 3ten Grade zugberechtigt; „wenn aber Güter erbweise vertheilt werden, zu denselben sollen die Miterben, wenn sie Züger sind, für allen andern aus den Zug haben" und ferner sollte, wenn ein Bürger an einen Nichtbürger oder letzterer an einen andern Nichtbürger liegendes Gut verkaufte oder vertauschte, sofern keine zugberechtigten bürgerlichen Verwandten da waren oder zogen, jeder Bürger ziehen und im Falle eines Tausches sogar eine amtliche Schatzung verlangen können. Das nämliche Zugrecht hatte jeder Bürger hinsichtlich jedes mit oder zwischen Nichtbürgern abgeschlossenen Pacht- oder Miethver

trages. Das Davoser L. R. gab allen Landleuten ein ewiges Zugrecht („wilen Grund und Grat steht") hinsichtlich alles liegenden Gutes, das ein Landsmann einem Fremden „verkauft, vertuscht, verschenkt oder in anderweg hingegeben."

Die Natur des Vorkaufsrechtes tritt besonders deutlich an den Tag in dem L. B der V Dörfer, wonach der Verkäufer das Kaufobjekt zuerst den nächsten Verwandten anbieten muß und diese innert 8 Tagen sich erklären müssen. Zufolge dieses Landbuches erstreckte sich das Zugrecht auch auf Pachten, die auf länger als 1 Jahr abgeschlossen wurden, zu Gunsten der „nechsten Fründt." Diese Statuten unterwarfen dem Zug auch Täusche und sogar Verpfändungen (Versetzen) von Liegendem und Fahrendem, und zwar überall mit der obligatio offerendi. Im Weitern ertheilte dieses L. B. das Zugrecht, wenn keine Verwandte waren oder ziehen wollten, den übrigen Gemeindsbürgern. Wurde das Gut außerhalb des Hochgerichts verkauft, so konnten in 2ter oder 3ter Linie: die betreffende Gemeinde, deren einzelne Bürger, endlich auch die übrigen Gemeinden und deren Bürger ziehen.

Auch die Oberengad. Stat. gewährten den Zug jedem Gemeindsbürger hinsichtlich der von einem Bürger einem Nichtbürger verkauften Liegenschaften. Im Oberengadin (c 70) hatte ferner die Gemeinde für alles Heu, welches von einem Gemeindseinwohner verkauft werden wollte, ein Vorkaufsrecht.

Nach den Stat. von Obtasna (P. 17) bestand für Liegenschaften nicht nur ein Zugrecht, sondern auch ein gesetzliches Rückkaufsrecht (letzteres wird freilich, wie in andern Statuten, auch als Zugrecht oder slubgiaschun bezeichnet) für die Dauer von 2 Jahren. Das Zugrecht erstreckte sich auch auf Täusche und Pachtverträge. Miteigenthümer von Häusern hatten ein gesetzliches Vorkaufsrecht hinsichtlich ihrer resp. Antheile. — Fast eben so die Stat. von Untertasna und Remüs. Die Bergeller St. (c. 87) ertheilen den Thalleuten (i nostri della Valle) das Zugrecht hinsichtlich alles dessen, was aus dem Thale verkauft wurde, mit Vorbehalt von Vieh und Lebensmitteln. Nach den Stat. von Poschiavo hatten die Verwandten (bis zum 4ten Grad) ein Vorkaufsrecht und, wenn dieses unbeachtet blieb, auch ein Zugrecht.

Nach den Stat. von Fürst. u. O. waren innert Jahr und Tag (1 J. u. 3 T.) zugsberechtigt der Verkäufer selbst und dessen Blutsverwandte; sodann, in folgender Reihenfolge: Gemeindsbürger (Nachbar in dem Dorf), Gemeindseinwohner (Gemeindsmann), Hochgerichtsmann. Bei Pachten hatte nur der Verpächter selbst 1 Monat lang das Zugrecht. Nach den Stat. von Oberhalbst. hatte (bei Verkäufen, Abtretungen an Zahlungsstatt, Ausschätzen) vorerst der Verkäufer selbst und sodann dessen Blutsverwandte das Zugrecht innert Jahr und Tag. Gegenüber Landschaftsfremden hatte jeder Landsmann, und zwar vorerst die Verwandten, den Zug 10 Jahr lang; endlich stand den nächsten Freünden bei Verpachtungen auf mehr als 6 Jahre der Zug zu. Nach den Stat von Bergün konnte auch der Verkäufer innert 14 Tagen resp vor Ablauf des Jahres ziehen. Ferner auch die Affinitätsverwandten hinter den Blutsverwandten nach Erbrecht. Endlich konnten bei Pachten die Verwandten innert 14 Tagen bei Ausschätzungen der Ausschätzer und die Verwandten innert 1 Mon. ziehen. Die Münsterthaler Stat. berechtigten bis zum 3ten Grade incl. nur die Blutsverwandten derjenigen Seite zum Zug, von welcher das Gut herkommt. Bei Pachten und Miethen hatten die Verwandten eine 14tägige Zugzeit. Ferner hatte nach den nämlichen Statuten jeder Gerichtsgenosse bei Verkäufen an Gerichtsfremde das Zugrecht. Nach dem L. B. von Obervaz galt der Zug beim Verkauf von Liegendem (wohin auch „Zinsbriefe" gehörten) zu Gunsten vorerst des Verkäufers (1 Mon. resp. $^1/_2$ J. und Tag) und sodann der Blutsverwandten (mit Verlängerung der Frist um 3 resp. 15 T.) Für Verpachtungen und Verpfändungen von Liegendem galt ein ähnlicher Zug. Fremden gegenüber hatte auch jeder „Nachpur" (15 T. länger als der „Freundt") und sodann, 10 J. lang auch die Gemeinde selbst den Zug. Nach den Averser Stat. war die Zugzeit für die „Freunde" 1 J. 6 W 3 T. und, wenn der Verkauf den zugberechtigten Verwandten unbekannt geblieben, stets nach 14 T. von der Kenntniß an gerechnet. Ein Zugrecht hatten dieselben auch bei Pachten während 14 T.

Die Stat. von Bivio gestatten bei Pachten den nächsten Verwandten den Zug blos bis Georgs Tag. Der verwandtschaftliche Zug erstreckte sich auch auf Liegenschaften, die dem Schuldner ausgeschätzt wurden. Auch konnten alle Gerichtsgenossen Käs, Butter und Heu ziehen, die an Fremde verkauft wurden.

Dieses Zugrecht entsprang augenscheinlich aus einer ursprünglichen Eigenthums beschränkung, die sich äußerte in der Unzuläßigkeit von Veräußerungen (und Verpfändungen) von Liegendem, besonders ererbtem, ohne Zustimmung der nächsten Verwandten und, bei Herrschaftsgenossen (selbst freien), ohne Zustimmung der Herrschaft, besonders an Herrschaftsfremde, so wie von Markgenossen (Nachpuren) an Genossenschaftsfremde. Interessant ist in dieser Beziehung besonders die von Bischof Volkhart an Andr. Planta bei Verleihung des Kanzleramtes der Grafschaft Oberengadin (18. Mai 1244) ertheilte Weisung: „ne permittat extra societatem eiusdem comitatus praedium aliquid alienare.“ Nicht minder auch folgende Stelle in der Urkunde betitelt „Rechte und Nutzen der Herrschaft (Oesterreich) in der Grafschaft Lacs aus dem Zeitraum von 1303 bis 1311 (Mohr Cod. II. Nr. 111): „Swelch (Welcher) vrier (Freier) sin erbe einem andern verkaufet, das er nicht gebotten hat sinen rechten erben, der sol es büeßen mit einem Pfunt Imperial. Swelch vri ouch sin erbe verkaufet sinen ungnossen (Nichtgenossen), den sol twingen diu herschaft, das er dasselbe erbe wider kaufe, unde sol die selben vrevel büeßen mit iii Pf. Imperial. Swelch vri auch sin erbe versezet sinen ungnossen, der oder sin erbe suln das selbe guot wieder lösen oder erloben einem andern vrien ze lösenne, unde sol geben umbe die vrevel ein Pfunt Imper.“ Es beruhte dies auf der Idee, daß das Verfügungsrecht des Einzelnen über das liegende Gut (welches als Haupt- und Stammgut des Vermögens galt) beschränkt sei durch ein ideelles Miteigenthum der Präsumtiverben und sodann auch, insofern es sich um Liegendes handelte, das aus der ursprünglichen „Allmend“ oder „gemeinen Mark“ hervorgegangen gedacht werden konnte, durch ein ideell noch fortdauerndes Miteigenthumsrecht der Markgenossen. Von beiderlei Eigenthumsbeschränkungen finden sich in unsern Statuten noch Spuren. So z. B. in der Vorschrift der Oberhalbst. St.: daß außer die Landschaft heirathende Weiber ihre Güter weder verkaufen noch vertauschen dürfen „ohne Rath, Wissen und Willen ihrer nächsten Freünde und Erben bis und so lang sie keine Kinder mit einander haben, vorbehalten umb große nothurff ihres Leibs“, und daß alle „Merkte“ ungültig sein sollen, die außerhalb der Landschaft über in letzterer liegende „Güter und Erbschaften ohne Wissen des Verkäufer nächster Freünde“ (wenn auch zwischen Landschaftsgenossen) abgeschlossen wurden.

Nachdem diese Eigenthumsbeschränkungen als solche gefallen d. h die Veräußerungen von Liegendem freigegeben waren, machte sich das ursprüngliche ideelle Miteigenthumsrecht noch in dem Zugrecht geltend d. h. in dem den ehemaligen ideellen Miteigenthümern noch gewährten Vorzugsrecht bei Veräußerungen, Verpachtungen u. s w.

Dieses, statutarisch so verwickelte und den Verkehr so sehr hemmende Zugrecht wurde erst durch das Kantonsgesetz vom 9. Aug. 1838 theils geregelt theils beschränkt, und zwar dem Gegenstand nach auf Käufe und den Zugberechtigten nach auf die Blutsverwandten bis zum 3ten Grad incl.

Ein seitheriger Versuch, das Zugrecht gänzlich zu beseitigen, mißlang vollkommen, indem das Volk eine einschlägige Anfrage mit großer Mehrheit verwarf und dadurch zu erkennen gab, daß es noch mit großer Liebe an diesem Institute hange, ungeachtet dasselbe schon lange innerlich abgestorben war und sowohl wirthschaftlich als sittlich schädlich wirkte.

§ 409.

Rückkauf.

Wird ein Kaufvertrag mit Vorbehalt des Rückkaufs (Wiederkaufs) abgeschlossen, so erhält der Verkäufer damit das Recht, den Kaufgegenstand, und zwar im Zweifel zu demselben Preise, zu welchem er selbst ihn veräußerte, käuflich wieder an sich zu ziehen.

Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so hat er dem Käufer die auf die Sache gemachten Verwendungen wie einem redlichen Besitzer (§ 216) zu vergüten.

Das Rückkaufsrecht kann gegenüber Dritten nicht geltend gemacht werden, es wäre denn, daß es denselben bekannt oder (mit Bezug auf Liegenschaften) im Kaufprotokoll vorgemerkt worden wäre. [1])

Das Rückkaufsrecht erlischt mit dem Tode des Berechtigten, wenn es nicht ausdrücklich auch zu Gunsten seiner Erben bedungen wurde, jedenfalls aber mit Ablauf von 25 Jahren nach dessen Bestellung. [2])

[1]) Umgekehrt dagegen nach *Code Nap*. § 1664, welcher die Klage gegen den zweiten Erwerber unter allen Umständen zuläßt. Vgl. Note 2 zu § 408. Demnach werden auch die dermalen noch bei uns bestehenden Rückkaufsrechte, wenn sie anders einen dinglichen Charakter haben sollen, in das Grundbuch einzutragen sein.

[2]) Das österr. Ges. § 1070 läßt den Uebergang auf die Erben überhaupt nicht zu. Der Entwurf hatte, wie in § 408, die Dauer von 30 Jahren festgesetzt. Vgl. übrigens Note 6 zu § 408. Die Uebertragung des Rückkaufsrechtes auf Dritte ist durch die persönliche Natur dieser Berechtigung im Zweifel selbstverständlich ausgeschlossen.

Anmerk. 1. Verkäufe mit Rückkaufsrecht („mit Recht der Wiederlösung") vertraten im Mittelalter, bei mangelndem Hypothekarsystem, oft die Stelle von Grundversicherungen und waren daher viel häufiger als sie es jetzt sind. So verkaufte den 6. April 1266 Walther IV. von Vaz dem Kloster Churwalden Güter in Obervaz für die Summe von 300 Pf., welche das Kloster ihm darlehensweise vorgestreckt (mutuo tradiderunt) mit dem Vorbehalt des Rückkaufs für sich und seine Abkömmlinge gegen Erstattung der nämlichen Summe (hoc adiecto quod .... nobis restituant venditionis nomine pro summa pecuniae suprascripta). Bemerkenswerth ist, daß der Verkäufer sich zu einer jährlichen Zinszahlung an das Kloster für das erhaltene Darlehen verpflichtete und dafür sogar Bürgen stellte, woraus zu schließen ist, daß er im Besitz und Genuß der verkauften Güter verblieb. Aehnlich lautet ein Kaufvertrag zwischen Heinrich von Jenins und dem Kloster St. Lucius dd. 23. April 1318 (Mohr Cod. II. Nr. 173), worin überdies eine fünfjährige Wiedereinlösungsfrist bedungen ist, nach deren unbenutztem Ablauf das verkaufte Effekt dem Kloster bleibend zufallen soll — In den italienischen Gegenden unseres Kantons waren solche, die Stelle von Verpfändungen vertretenden Verkäufe mit Rückkaufsrecht, bekannt unter dem Namen Vendite con grazia (di ricompera, cum gratia redimendi), bis in die neuere Zeit gebräuchlich und noch zur Stunde bestehen solche Rechtsverhältnisse. Durchgängig sind in solchen Fällen die Verkäufer, und zwar als Pächter (massare) der Käufer, im Besitz und Genuß der verkauften Güter geblieben und besteht das Rückkaufsrecht als ein der Zeit nach unbeschränktes. Solche Rückkaufsrechte werden fortan, wenn sie einen dinglichen Charakter haben sollen, in das Grundbuch eingetragen werden müssen. Solche schon bestehende ewige Rückkaufsrechte werden jedenfalls mit dem Ablauf von 25 Jahren von dem Inkrafttreten dieses Gesetzes an erlöschen.

Anmerk. 2. Es sind übrigens noch verschiedenartige Nebenabreden gedenkbar, z. B. daß der Verkäufer sich verpflichtet, die Sache zurückzukaufen (pactum de retroemendo); daß der Käufer sich verpflichtet, die Sache Niemand m außer dem Verkäufer selbst wieder zu verkaufen (eine Klausel, die ehemals öfter vorkam — s. Beispiele in Mohr Cod. II. Nr. 103 und 313). In Bezug auf Dinglichkeit und Persönlichkeit solcher Stipulationen würden die nämlichen Grundsätze Anwendung finden, die für den Rückkauf und den Vorkauf gelten.

B. Tauschvertrag.

§ 410.

Allgemeine Bestimmung.

Wenn die Gegenleistung für eine zu Eigenthum übergebene Sache nicht in Geld, sondern in anderen Sachen besteht, [1]) so ist der Vertrag ein Tauschvertrag. Besteht die Gegenleistung theils in Geld, theils in anderen Sachen, so ist der Vertrag als Kauf- oder als Tauschvertrag zu beurtheilen, je nachdem der größere Werth der Gegenleistung in Geld oder in anderen Sachen besteht. [2])

Im Uebrigen gelten die Grundsätze des Kaufvertrages auch für den Tauschvertrag, so weit die verschiedene Natur der Gegenleistung nicht nothwendig Abweichungen mit sich bringt.

Tauschverträge über Liegenschaften bedürfen, um für die Kontrahenten verbindlich zu sein, der schriftlichen Abfassung, sowie der Unterschrift der Kontrahenten.

Bezüglich des Rücktrittsrechts der Kontrahenten gilt die gleiche Bestimmung wie bei Kaufverträgen (§ 401) und ist die zu leistende Entschädigung von einem Prozent von dem vom Rücktretenden in Tausch gegebenen Werth zu berechnen.

[1]) Hierin liegt das einzige unterscheidende Merkmal zwischen dem Kauf und Tausch, indem der Kauf im Grunde auch nichts ist als ein Tausch, d. h. eine Vertauschung von Waare an Geld, wie denn wirklich der Kaufvertrag ursprünglich auch äußerlich nur ein Tauschvertrag war. Erst die Ausbildung des Geldes als allgemeinen Tauschmittels hat unterscheidende Merkmale zwischen beiden Vertragsarten erzeugt, die theils äußerlich theils innerlich, wie in den vorzugsweise auf den Kauf berechneten Grundsätzen über Kredit, Verzugszinsen u. dgl, zu Tage treten.

Unter Geld ist zunächst gemünztes Geld, sodann auch was dessen Stelle vertritt, Papiergeld und Banknoten, zu verstehen. Doch läßt sich selbst gemünztes Geld, z. B. bei einem Tausch gewisser Münzsorten an andere, als Waare behandeln und als solche vertauschen. Das preuß. L. R. I. 11. § 364 sagt: „Jeder Kontrahent ist mit Bezug auf die Sache, die er gibt, als Verkäufer und mit Bezug auf die Sache, die er empfängt, als Käufer anzusehen."

[2]) Ist der Werth der Gegenleistung in Geld gleich derjenigen in Waare, so erklärt das österr. Ges. (§ 1055) den Vertrag für einen Kaufvertrag.

C. Miethvertrag. [1])

[1]) Das röm. R. (unter dem Titel locatio conductio rerum) und mit ihm fast alle neueren Gesetze fassen den Mieth- und den Pachtvertrag (meist unter der Benennung „Bestandvertrag") zusammen. Allein es sind genug unterscheidende Merkmale vorhanden, um eine gesonderte Behandlung zu rechtfertigen.

§ 411.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Miethvertrag besteht darin, daß Einer (der Vermiether) einem Andern (dem Miether) eine nicht vertretbare Sache zum

Gebrauche zu übergeben, [1]) der letztere dagegen dem ersteren dafür einen Miethzins [2]) zu entrichten verspricht.

Im Zweifel werden Miethverträge als auf diejenigen Zeitfristen geschlossen angesehen, für welche der Miethzins bedungen wurde. [3])

[1]) Werden vertretbare Sachen gegen Entgelt zum Gebrauche übergeben, so ist es ein entgeltliches Darlehen. Der Miethvertrag ist nichts als eine entgeltliche Gebrauchsleihe. Vgl. §§ 392 und 393. Der blose Gebrauch bezieht sich nicht auf Ausbeutung der Früchte; letztere liegt eben der Pacht zu Grunde.

[2]) Dieses kann in Geld oder Geldswerth bestehen. Der Miether kann z. B. den Miethzins, statt in Geld, in Handarbeiten oder Naturalien versprechen. Nur muß freilich die Gegenleistung zufolge der allgemeinen Vertragsgrundsätze (§ 319) bestimmt sein.

[3]) Oft werden Miethverträge ohne bestimmte Angabe der Zeitdauer, aber mit Berechnung des Miethzinses nach gewissen Terminen, z B. zu Fr. 3 per Tag, Fr. 30 per Monat, Fr. 200 per Halbjahr u. s. w. abgeschlossen. Alsdann wird, wenn die Dauer des Vertrages nicht genauer bestimmt ist, angenommen, derselbe gelte für einen Tag, einen Monat u. s. w. Sollte der Vertrag dagegen ausdrücklich für ein Jahr abgeschlossen, dagegen nur die Zinszahlung für kürzere Fristen, z. B. monatweise, bedungen worden sein, so gilt natürlich die stipulirte Dauer. Vgl. *Code Nap.* § 1758 und österr. Ges. 1113.

Anmerk. Die meisten neuern Gesetzgebungen fordern entweder geradezu die schriftliche Form für Mieth- (und Pacht-) Verträge eines bestimmten Belanges (wie die berner und luzerner) oder bevorzugen sie wenigstens in ihren rechtlichen Wirkungen (wie z. B. der *Code Nap.*, das preuß. L. R. und das zürch. P. R).

§ 412.

Pflichten des Vermiethers.

Der Vermiether ist verpflichtet, die vermiethete Sache dem Miether rechtzeitig [1]) in dem, zu dem bedungenen oder vorausgesetzten Zwecke brauchbaren Zustande zu übergeben und in demselben während der Miethzeit zu erhalten, [2]) mit Vorbehalt der dem Miether gesetzlich (§ 413) oder in Folge fahrläßiger Beschädigung [3]) obliegenden Erhaltungs-, beziehungsweise Wiederherstellungskosten.

Der Vermiether ist gegenüber dem Miether von Räumlichkeiten für erhebliche Beschränkungen, [4]) die sich letzterer in Folge unaufschieblicher [5]) Hauptreparaturen in seinem Miethrechte gefallen lassen muß, verpflichtet:

1. zu verhältnißmäßiger Minderung des Miethzinses, wenn die Ausbesserungen vor Abschluß des Vetrages von dem Vermiether nicht vorauszusehen waren od wenn sie durch Zufall nothwendig wurden;
2. zu vollem Schadensersatze, wenn die Nothwendigkeit der Ausbesserungen vor dem Vertragsabschlusse von dem Vermiether vorauszusehen war oder von ihm verschuldet wurde. [6])

Will der Vermiether ihm obliegende, durch amtliche Experten als unaufschieblich erklärte Reparaturen nicht vornehmen, so kann ihm der Miether durch den Kreispräsidenten eine Nothfrist dazu

ansetzen lassen, nach deren unbenutztem Ablaufe der Miether auf des Vermiethers Kosten diese Reparatur vornehmen darf.

Vorbehalten bleibt dem Miether unter allen Umständen das außerordentliche Kündungsrecht laut § 416, ebenso dem Vermiether der Beweis, daß ihm die Reparatur nicht oblag.

[1]) Bei Vermiethung von Häusern, Magazinen und andern Lokalitäten wird die rechtzeitige Uebergabe derselben in der Regel für den Vertrag wesentlich sein, so daß der Miether durch eine Verspätung, zufolge § 340, zum Rücktritte berechtigt wird, was auch nach gemeinem Rechte zuläßig ist. (Vgl. Wangerow III. S. 426 und L. 60. pr. D. locati conducti 19. 2.)

[2]) Hinsichtlich der Uebergabe der Sache in brauchbarem Zustand kommen die Grundsätze der Gewährleistung (§§ 343 u. 344) in Anwendung, und zwar in der Weise, daß, wenn die Mängel der vermietheten Sache unwesentlich sind oder gehoben werden können, der Vermiether sie heben oder eine entsprechende Minderung der Gegenleistung sich gefallen lassen muß, wenn sie aber wesentlich sind und nicht gehoben werden können oder wollen, der Miether von dem Vertrage zurücktreten kann. — Dieselben Verpflichtungen hat der Vermiether auch hinsichtlich der Erhaltung des Miethgegenstandes in brauchbarem Zustande. Treten daher während der Miethzeit Mängel an den Tag, so ist zu unterscheiden, wie oben, nämlich:

I. Unwesentliche Gewährsmängel, und zwar
   a) die gehoben werden können. Alsdann kann der Miether vorerst nur deren Hebung verlangen, mit Vorbehalt seiner Schadensklage,
   b) die nicht gehoben werden können. Auch dann kann er von dem Vertrage nicht zurücktreten, sondern nur Minderung der Gegenleistung resp Schadenersatz verlangen.

II. Wesentliche Gewährsmängel, und zwar
   a) die gehoben werden können. Alsdann kann der Miether zunächst nur deren Hebung verlangen, so zwar, daß, wenn dieselbe nicht innert einer richterlichen Frist erfolgt, er die Miethe künden kann,
   b) die nicht gehoben werden können. Alsdann kann er sofort den Vertrag künden.

In allen Fällen, in welchen die Nothwendigkeit einer, dem Vermiether obliegenden Reparatur erweisbar ist, steht dem Miether auch der Weg offen, dieselbe selbst vorzunehmen und s. Z. von dem Vermiether Ersatz für die „nothwendige Verwendung“ zu fordern.

Auch nach röm. R. hatte der Vermiether dafür einzustehen, daß dem Miether die Benutzung der Sache möglich sei (Locator praestare debet ut conductori quod conduxit *frui liceat*. L. 9 pr. D. h. t.). Vgl. *Code Nap.* §§ 1719—1721, 1726 und 1727, österr. Ges. § 1096.

[3]) Vgl Note 1 zu § 413.

[4]) Es liegt hierin wohl schon, daß die Beschränkung auch längere Zeit andauern müsse, weil sie sonst kaum als eine „erhebliche“ bezeichnet werden könnte. Das preuß. L. R. fordert hiezu die Dauer von mehr als 40 Tage, das zürch. Ges. diejenige von mehr als einem Monat.

[5]) Es liegt darin zugleich, daß die Reparaturen nothwendig sein müssen. Nur nützliche oder gar ästhetische Verbesserungen braucht sich der Miether nicht gefallen zu lassen, weil sie eine vertragswidrige Beschränkung seines Miethrechtes wären.

[6]) Die Entschädigungspflicht des Vermiethers in solchem Falle richtet sich hauptsächlich danach, ob die Nothwendigkeit der vorzunehmenden Reparaturen schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorauszusehen war oder nicht? In jenem Falle stritte es gegen die gute Treue, die Reparaturen nicht vorher vorzunehmen oder den Miether nicht zum Voraus davon in Kenntniß zu setzen, und braucht daher der Miether wegen der später vorgenommenen Reparaturen sich nicht mit der Minderung des

Miethzinses zufrieden zu geben, sondern hat Anspruch auf volle Entschädigung. Im letzteren Falle dagegen ist die eintretende Nothwendigkeit zu Reparaturen einem Zufall gleich zu achten und ist daher, nach den Grundsätzen des § 365 (letzter Absatz) dem Miether, über die entsprechende Herabsetzung des Zinses hinaus, kein Schadensersatz zu leisten. (Es sind dies im Wesentlichen auch die Grundsätze des röm. Rechts. Auch dieses läßt es bei der Herabsetzung der Gegenleistung bewenden (merces, quae praestiti, restituenda, eius scilicet temporis, quo fruitus non fui), sofern die Hauptreparatur nothwendig (si necessario dominus insulam demolitus est) und zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht vorhanden war (si necessitas, quae non imminebat, locationis tempore exposcat); widrigenfalls dem Miether volle Entschädigung zu gewähren ist (quanti conductoris interest) S. L. 19. § 6 D. h. t. und cap. 3 C. de locato conducto 4. 65). Vgl. *Code Nap.* § 1720. österr. Ges. 1119.

Dasselbe, was von der nicht vorausgesehenen Nothwendigkeit erheblicher Repaturen gesagt wurde, gilt auch von der theilweisen oder gänzlichen Zerstörung des Miethgegenstandes durch Zufall: auch diese berechtigt nämlich nur zur Reduktion der Gegenleistung resp. auch, wenn dadurch die Vollziehung des Vertrags unmöglich wird, zu dessen Aufhebung. Vgl. *Code Nap.* § 1722 und österr. Ges. §§ 1104 und 1105.

§ 413.

Pflichten des Miethers.

Der Miether ist verpflichtet, dem Vermiether den Miethgegenstand rechtzeitig und, die ordentliche Abnutzung und unverschuldete Zufälle vorbehalten, in demselben Zustande, in welchem er ihn übernahm, [1]) im Zweifel aber im mittelgutem, zurückzustellen, [2]) so wie den Miethzins zur bedungenen Zeit oder, wenn diese nicht bestimmt wurde, an den jeweiligen Miethzielen zu bezahlen. [3])

Die mit dem Gebrauche der Sache verbundenen Erhaltungs-, Reinigungs- und Verwahrungskosten, als: für Ausstreichen der Oefen, Anweißen der Küche, Reinigung der Feuerheerde und Rauchfänge, Wiederherstellung zerbrochener Fenster in gemietheten Wohnungen; für Fütterung, Einstellung, Beschlagen gemietheter Thiere; für Einstellung gemietheter Wagen; für Reinigung gemietheter Mobilien u. s. w. hat der Miether zu tragen. [4])

Hinsichtlich anderer, zwar ohne Auftrag aber nicht gegen das Verbot des Vermiethers gemachten, Verwendungen wird der Miether gleich einem redlichen Besitzer (§ 216) behandelt. [5])

Endlich hat der Miether den Miethgegenstand vertragsgemäß oder, wenn hierüber nichts bedungen wurde, sachgemäß zu gebrauchen. [6])

[1]) Der Miether hat somit von ihm oder den Seinigen verschuldete Beschädigung zu vergüten; doch ist ihm hiebei, zufolge der Grundsätze des § 339 nicht, wie dem Entlehner, schon leichte, sondern in der Regel blos grobe Fahrläßigkeit anzurechnen. Uebrigens kann die Verschuldung auch in Unterlassungen, z. B. darin bestehen, daß er Beschädigungen durch Dritte, wie etwa durch Gäste, nicht sorgsam genug abgewehrt hat. Aehnlich bestimmt auch das röm. R. (L. 11. § 2 D. h. t.: „prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur"). Vgl. auch österr. Ges. § 1109. Besonders streng behandelt den Miether der *Code Nap.* §§ 1732—1735. — Die „ordentliche Abnutzung" fällt selbstverständlich dem Miether nicht zur Last; dieselbe ist auch schon

im Miethzins berücksichtigt. Vgl. *Code Nap.* § 1755 und zürch. Ges. § 1502. Die Werthverminderung durch bloßes Alter liegt selbstverständlich auch in der „ordentlichen Abnutzung".

[2]) Die Zurückstellung muß selbst dann erfolgen, wenn der Miether Eigenthumsansprüche an den Miethgegenstand machen sollte („possessionem prius restituere debet et tunc de proprietate litigare").

[3]) Wenn A dem B sein Haus von Georgi 1863 bis Georgi 1864 für Fr. 1200 vermiethet, ohne sich für den Zins besondere Zahlungsfristen oder Zahltage (z. B. monatliche Zahlung) zu bedingen, so wird angenommen, der Zins verfalle erst an Georgi 1864. Wenn aber A dem B sein Haus zwar auf ein Jahr, aber für einen monatlichen Zins von Fr. 100 vermiethete, so würde diese Berechnung eines Monatzinses zur Annahme berechtigen, daß auch eine monatliche Zahlung bedungen werden wollte. Das nämliche wäre der Fall, wenn A dem B sein Haus zwar auf 5 Jahre, aber um einen Jahreszins von Fr. 1000 vermiethete: auch in diesem Falle wäre die Pflicht zur jahrweisen Zinszahlung anzunehmen. Vgl. (mit Rücksicht auf die Pacht) § 419 Note 7.

[4]) Die mit dem Gebrauche selbst verbundenen oder, unmittelbar aus demselben entspringenden Erhaltungskosten hat billig der Miether selbst zu tragen. Was die dem Miether von Wohnungen obliegenden Erhaltungskosten betrifft, so hält sich der Entwurf, ohne dieselben unbedingt erschöpfen zu wollen, zunächst an die in Chur herrschende Rechtsübung. Vgl. auch zürch. Ges. § 1491. Daß ein erweisbar unverschuldeter Zufall, z. B. Einwerfen der Fenster oder Hagelschlag den Miether (soweit er nicht hinwieder z. B. dadurch, daß er es unterließ, die Fensterladen zu schließen, eine Fahrläßigkeit beging) auch dieser ihm sonst obliegenden Verpflichtungen entheben kann, versteht sich aus dem ersten Lemma dieses § von selbst.

[5]) Wenn z. B. der Miether den schlechten Boden seines Zimmers durch einen neuen ersetzt oder dessen rohe Wände tapezirt, so gebührt ihm bei Abgabe der Miethe eine Vergutung, welche dem dannzumal sich ergebenden Mehrwerth des Lokals entspricht, immerhin jedoch unter der Voraussetzung, daß (zufolge § 216) diese Verwendungen als nothwendig oder nützlich und nicht etwa als luxuriös anzusehen seien. Vgl. § 393 2tes Lemma.

[6]) Vgl. § 393 1stes Lemma betreffend den Entlehner. Zufolge der Grundsätze des § 339 wird es jedoch in der Regel mit der Haftbarkeit des Miethers weniger streng gehalten werden als mit derjenigen des Entlehners, da letzterer die Sache unentgeltlich braucht.

§ 414.

Hintermiethe (Aftermiethe).

Im Zweifel ist der Miether von Räumlichkeiten jeder Art berechtigt, diese weiter zu vermiethen (in Hintermiethe zu geben,) immerhin aber nur an solche Hintermiether, von denen ein ordnungs- und sachgemäßer Gebrauch derselben zu erwarten ist. [1])

Durch die Hintermiethe wird das Vertragsverhältniß zwischen dem ersten Vermiether und seinem Miether nicht verändert. [2]) Doch haften jenem der Miether und Hintermiether solidarisch für den Ersatz des von dem Hintermiether an der Miethsache angerichteten Schadens.

[1]) Die Gesetze weichen darin sehr von einander ab, ob die Aftermiethe ohne Einwilligung des Vermiethers zuläßig sei oder nicht. Das röm. Recht spricht sich für deren Zuläßigkeit aus (L. 6 Cod. C. c. „Nemo prohibitur rem, quam conduxit, fruendam, alii locare, si nihil aliud convenit"). Ebenso das österr. Ges. § 1098 „wenn es ohne Nachtheil des Eigenthümers geschehen kann" und das zürch.

Ges. § 1499, sofern sie an eine Person geschieht, „von welcher sich eine gehörige Benutzung" erwarten läßt. Der *Code Nap*, § 1717 gibt die Aftermiethe unbedingt zu. Dagegen lassen das preuß. L. R. I. 21. § 309 und die meisten Schweizergesetze (solothurner, berner und luzerner) die Aftermiethe ohne Einwilligung des Eigenthümers nicht zu. Obiger Fassung liegt die Ansicht zu Grunde, daß der Miether durch den Miethvertrag ein selbständiges und sachliches, und nicht, wie bei dem Leihvertrag, ein blos prekäres und persönliches Gebrauchsrecht erhält, dessen möglichst vortheilhafte Benutzung, soweit es ohne Nachtheil des Vermiethers möglich ist, ihm nicht verwehrt werden darf. Unzweifelhaft spricht sich die Praxis in diesem Sinne hinsichtlich der Lokalmiethe aus. Zweifelhaft dürfte dieselbe hinsichtlich der Miethe anderer Gegenstände, z. B. von Pferden und Wagen, sein, wo die Persönlichkeit des Miethers für den Vermiether mitunter schwer ins Gewicht fallen mag. Indeß dürfte auch hier die Klausel, daß die Aftermiethe nur an eine Person zuläßig ist, von welcher ein „ordnungs- und sachgemäßer" Gebrauch zu erwarten ist, vor Mißbrauch schützen. Das Beiwort „ordnungsgemäß" wurde gewählt, um z. B. die Unzuläßigkeit von Lokalaftermiethen an schlechtbeleumdete und liederliche, eine Lokalität möglicherweise schon durch ihre Aufführung diskreditirende Personen anzudeuten.

[2]) Demnach bleibt der Miether auch für den Aftermiether gegenüber dem Vermiether persönlich haftbar und hat für die Verschuldung des Aftermiethers (z. B. für Schädigung des Miethgegenstandes) gerade so einzustehen, als ob er sie selbst begangen hätte. Es versteht sich auch, daß mit dem ersten Miethvertrag stets auch die Aftermiethe erlischt. Obwohl der Aftermiether zu dem ersten Vermiether in keinem eigentlichen Vertragsverhältniß steht, so tritt er dennoch durch die an dessen Eigenthum begangene Schädigung zu demselben in ein Pflichtverhältniß, und zwar solidarisch mit dem, ja auch dafür haftbaren, Aftervermiether.

§ 415.

Stillschweigende Erneuerung.

Ueber Räumlichkeiten abgeschlossene Miethverträge, in welchen eine Kündung bedungen wurde, werden auf je die gleiche Dauer stillschweigend dadurch erneuert, daß sie nicht innert der bedungenen Zeit gekündet werden. Doch versteht sich diese stillschweigende Erneuerung für Verträge, die auf mehr als ein Jahr abgeschlossen wurden, immer nur auf je ein Jahr.

War keine Kündung bedungen, so wird dessen ungeachtet bei Lokalmiethen, die auf ein Jahr oder mehr eingegangen wurden, die stillschweigende Erneuerung im Zweifel alsdann angenommen, wenn nicht wenigstens drei Monate vor dem Ablauf des Vertrags von dem einen oder andern Theile eine Kündung erfolgte.

Lokalmiethen, die auf weniger als Ein Jahr eingegangen wurden, werden, wenn keine Kündung bedungen war, durch die Unterlassung einer solchen eben so wenig stillschweigend erneuert, als durch ihre thatsächliche Fortsetzung über die bedungene Dauer hinaus; doch erheischen sie, wenn sie nicht auf kürzere Zeit als Einen Monat abgeschlossen waren, zu ihrer Auflösung einer, vierzehn Tage vorausgehenden Kündung. [1])

[1]) Nur Lokalmiethen, nicht aber anderweitige Miethverträge unterliegen den Grundsätzen der stillschweigenden Erneuerung. Anderartige Miethverträge können zwar, nach Ablauf der bedungenen Dauer, stillschweigend fortgesetzt werden, jedoch nur so lange, bis der eine oder andere Kontrahent kündet. Für die Lokalmiethe dagegen gelten zufolge dieses § folgende Grundsätze:

1. Es wurde eine Kündungsfrist bedungen. Alsdann versteht sich die stillschweigende Erneuerung für die gleiche Zeitdauer (jedoch nicht für länger als 1 Jahr), wenn nicht vor Ablauf des Vertrages mit Beachtung der Kündungsfrist gekündet wurde. (Vgl. österr. Ges § 1114.) Z. B. A vermiethet dem B sein Haus von Georgi (23. April) 1863 an auf zwei Jahre, also bis Georgi 1865, und zwar mit halbjähriger Kündungsfrist. Wenn nun weder A noch B bis 23. Okt. 1864 kündet, so ist der Vertrag bis Georgi 1866 als stillschweigend erneuert anzusehen und sofort von Jahr zu Jahr (indem die stillschweigende Erneuerung nie für länger als für Ein Jahr stattfindet.
2. Es wurde keine Kündungsfrist bedungen. Alsdann ist zu unterscheiden:
   a) Verträge, die auf 1 Jahr oder mehr abgeschlossen worden, werden stillschweigend erneuert, wenn sie nicht mindestens 3 Mon. vor ihrem Ablauf gekündet wurden, und zwar je auf 1 Jahr. Mit diesem Grundsatze stimmen die meisten neueren Gesetzgebungen überein. Wenn also A dem B sein Haus von Georgi 1863 an auf 2 Jahre vermiethete, und zwar ohne Bestimmung einer Kündungsfrist, so muß dennoch der Vertrag vor dem 23. Januar 1865 von dem einen oder andern Theile gekündet werden, wenn er sich nicht auf ein neues Jahr, d. h bis auf Georgi 1866 erneuern soll u. s. f. Würde das Haus auf Ein Jahr ohne Kündungsfrist vermiethet, so müßte die Kündung bis 23. Januar 1864 erfolgen, widrigenfalls der Vertrag bis Georgi 1865 stillschweigend erneuert würde.
   b) Verträge, die auf kürzere Zeit als Ein Jahr, aber nicht auf weniger als 1 Monat ohne Bestimmung einer Kündungsfrist abgeschlossen wurden, unterliegen nicht einer stillschweigenden Erneuerung, wohl aber einer Kündungsfrist von 14 Tagen. Wenn A dem B vom 1. Mai 1863 an ein Zimmer auf ein halbes Jahr (also bis Ende Okt.) vermiethet und dabei die Kündungsfrist eines Monats bedungen wird, so wird der Vertrag, wenn er nicht bis Ende September gekündet wird, bis Ende April 1864 erneuert. Wurde aber keine Kündungsfrist bedungen, so findet eine stillschweigende Erneuerung nicht statt, wenn auch B über die bedungene Miethzeit hinaus das Zimmer benutzen sollte. Doch kann der Vermiether den Miether nach Ablauf des halben Jahres nicht sobald es ihm gefällt sofort aus dem Logis treiben, sondern ist hiezu immerhin eine 14 Tage vorausgehende Voranzeige erforderlich. Die nämliche Voranzeigefrist hat auch der Miether zu beobachten. Vgl. zürch. Ges. §§ 1508 und 1509 (dasselbe läßt jedoch die stillschweigende Erneuerung auch für Halbjahrmiethen zu). Andere neuere Gesetze (Vgl. *Code Nap.* § 1738, österr. Ges § 1114 und die meisten Schweizergesetze, z. B. soloth. Ges. § 1121 und berner Ges. §§ 846 und 847) nehmen auch für die Verträge von kürzerer Dauer eine stillschweigende Erneuerung für den Fall an, daß der Miether nach Ablauf der Miethzeit ohne Widerspruch in dem Miethbesitz verbleibe.
   c) Verträge, die auf weniger als 1 Mon. eingegangen wurden, unterliegen weder der stillschweigenden Erneuerung noch bedürfen sie einer Kündung, wenn eine solche nicht ausdrücklich bedungen wurde. Wenn also A dem B am 1. Mai ein Logis auf 20 Tage für Fr. 40, ohne Verabredung einer Kündungsfrist vermiethet, so kann er ohne vorausgegangene Voranzeige vom 20. Mai an jeden Tag den B zum Verlassen des Logis anhalten und eben so kann B von dort an jeden Tag die Miethe aufgeben. So lange aber A den B im Logis beläßt und dieser in demselben bleibt, wird der Vertrag stillschweigend fortgesetzt, derart, daß B, wenn er z. B. bis zum 30. Mai das Logis benutzt, für die 10 Tage vom 20. Mai an den Miethzins nach Verhältniß des für die ersten 20 Tage bedungenen (somit zu den bedungenen Fr. 40 noch Fr. 20) bezahlt. Das röm. R. kannte bei der Miethe keine eigentliche stillschweigende Er-

neuerung, sondern blos diese stillschweigende Fortsetzung der Miethverträge („prout quisque habitaverit ita et quisque obligatur"). S. Wangerow III. pag. 428.

Anmerk. Das österr. Ges. § 1116, und mit ihm mehrere Schweizergesetze bestimmen eigene Kündungsfristen für den Fall, daß die Dauer des Vertrages nicht bestimmt worden wäre. Allein da ein Miethzins nicht anders als nach Maßgabe gewisser Zeitabschnitte, wie tag- oder monatweise u. s. f. stipulirt werden kann, alsdann aber laut § 411 diese Zeitabschnitte auch für die Dauer des Vertrages, wenn dieselbe nicht eigens bestimmt war, maßgebend sein soll, so ist ein gültiger Vertrag von unbestimmter Dauer nicht anders als in dem Falle gedenkbar, wenn einem bezeichneten Dritten überlassen würde, den Miethzins erst nach Ablauf des (auf unbestimmte Zeit eingegangenen) Vertrages zu bestimmen. Alsdann wäre es aber klar, daß der Vertrag von jedem Theile zu jeder Zeit sofort gekündet werden könnte, da er gleichsam den Charakter eines entgeltlichen Prekariums (wenn diese Bezeichnung erlaubt ist) hätte.

§ 416.

Außerordentliche Kündung.

Innerhalb der bedungenen Miethzeit kann der Miethvertrag außerordentlich gekündet werden:

1. Von dem Vermiether (bei Lokalmiethen jedoch immerhin mit Beachtung einer 14tägigen Kündung), in folgenden Fällen:
   a. wenn der Miether, trotz ergangener Mahnung, mit dem verfalleneen Miethzins in Rückstand bleibt, so zwar, daß bei Lokalmiethen von mehr als einmonatlicher Dauer diese Kündung nur auf je das nächste Zinsziel erfolgen kann; [1])
   b. wenn der Miether in Konkurs geräth; [2])
   c. wenn der Miether den Miethgegenstand, trotz erfolgter Einsprache, vertrags- oder zweckwidrig benutzt; [3]) und zwar bleibt dem Vermiether hiebei seine allfällige Schadensklage vorbehalten.

   Im Falle entstehenden Streites stehen dem Kreispräsidenten, beziehungsweise einem Mitgliede des Kreisgerichtes, die geeigneten provisorischen Verfügungen zu.
2. Von dem Miether in folgenden Fällen: [4])
   a. wenn der Vermiether trotz ergangener Aufforderung den Miethgegenstand nicht in brauchbarem Zustand erhält, [5]) und zwar mit Vorbehalt seiner Schadensklage;
   b. wenn der Vermiether unaufschiebliche, mit dem Zweck der Miethe unvereinbare Hauptreparaturen vornehmen muß, [6]) mit Vorbehalt der dem Miether laut § 412 allfällig zustehenden Schadensklage.

   Wenn im ersten oder zweiten Falle über die Berechtigung zur Kündung einer Lokalmiethe sich zwischen dem Miether und Vermiether Streit erhebt, [7]) so kann der Kreispräsident hinsichtlich des dem Vermiether an den eingebrachten Mobilien des Miethers zustehenden gesetz-

lichen Pfandrechtes (§ 307) mit Bezug auf den laufenden Zins das Geeignete provisorisch verfügen. [8])

3. Von den Erben des Miethers einer auf mehrere Jahre gemietheten Räumlichkeit, wenn der Miether während der Miethzeit stirbt. Doch kann diese Kündung nur auf das nächste Jahresziel und zwar mit Beachtung der dreimonatlichen Kündungsfrist erfolgen. [9])

4. Von dem neuen Eigenthümer des während der Miethzeit veräußerten Miethgegenstandes, und zwar bei Lokalmiethen, wenn sie auf mehr als ein Jahr abgeschlossen wurden, auf das nächste Jahresziel und mit Beachtung der dreimonatlichen Kündungsfrist. Dem Miether bleibt hiebei gegenüber dem Vermiether seine allfällige Schadensklage wegen Nichteinhaltung des Vertrages vorbehalten. [10])

5. Dasselbe Recht steht der Masse des in Konkurs gerathenen Vermiethers zu. [11])

[1]) Die Kündung des Vertrages kann somit in diesem Falle, mit Beachtung einer 14tägigen Voranzeige, ohne Rücksicht auf die bedungene Vertragsdauer auf jeden nächsten Zinsfall erfolgen. Ist also der Miethvertrag z. B. auf 1 Jahr mit vierteljährlicher Zinszahlung abgeschlossen, so kann der Vertrag, wenn der Miether mit dem ersten Vierteljahrszins trotz erfolgter Mahnung in Rückstand bleibt, auf Ende des zweiten Vierteljahres gekündet werden. Eben so kann ein z. B. auf 3 Jahre abgeschlossener Miethvertrag schon auf Ende des zweiten Jahres gekündet werden, wenn der Miether mit dem ersten Jahreszins in Rückstand ist. Dieselbe Bestimmung auch auf Verträge mit monatlicher Zinspflicht auszudehnen, wäre für die ärmere Klasse, die sich oft selbst bei Halbjahres- oder Jahresmiethen monatliche Zinspflicht gefallen lassen muß, zu hart, während sie für monatliche Miethverträge, da diese ohnehin nach Ablauf des ersten Monats auf je 14 Tage gekündet werden können, überflüssig ist. Das berner, luzerner und aarg. Ges. geben diese Kündung zu, wenn der Miether nicht binnen 30 Tagen resp. 2 Monaten von der Mahnung an bezahlt.

[2]) Auch der Konkursant kann somit, wenn er einen Miethvertrag von bestimmter Dauer hat, nicht sofort nach Ausbruch des Konkurses aus der gemietheten Lokalität getrieben werden, sondern ist hiezu eine 14 Tage vorausgehende Kündung erforderlich. Sofortige Auflösung des Vertrages gestattet in diesem Falle das zürch. Ges. § 1514 und (in der Regel) das soloth. Ges. § 1126.

[3]) Z. B. wenn der Miether in der gemietheten hölzernen Gebäulichkeit im Miethvertrag nicht vorausgesehene feuergefährliche Hanthierungen treibt. Vgl § 413 letztes Lemma. Auch hier ist bei Lokalmiethen von unbestimmter Dauer eine vierzehntägige Kündungsfrist zu beobachten. Diese Kündung war auch nach röm. Rechte zuläßig (si tu male in re locata versatus es"). Vgl. *Code Nap.* § 1729, österr. Ges. § 1118. Das Vorausgehen einer „Warnung" verlangen das soloth., berner u. a. Ges.

[4]) Der Miether ist in den nachfolgenden Fällen nicht (wie der Vermiether in den zuvor aufgeführten) an eine Kündungsfrist gebunden, sondern kann, sobald der angegebene Fall eintritt, sofort zurücktreten. Insofern die Fehlerhaftigkeit des Miethgegenstandes schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden war, könnte der Miether schon vermöge § 344 dem Vermiether einen peremtorischen Termin, nach dessen unbenutztem Ablauf er von dem Vertrage zurücktreten könnte, gerichtlich ansetzen lassen.

[5]) Z. B. wenn zu Winterszeit der Ofen des gemietheten Zimmers (ohne Ver-

schuldung des Miethers) einstürzt und der Vermiether ihn trotz ergangener Aufforderung nicht wieder herstellt.

[6]) Der Vermiether ist zwar zu Vornahme unaufschieblicher Hauptreparaturen auch während der Miethzeit berechtigt (§ 412), wenn aber dieselben dem Miether den Zweck der Miethe vereiteln (z. B. wenn die Umfangsmauer des gemietheten Stockwerks neu aufgeführt werden muß), so muß diesem billig, abgesehen von der ihm nach § 412 zustehenden Schadensforderung, die Befugniß eingeräumt werden, den Vertrag zu künden. Vgl. *Code Nap.* § 1724 (wonach der Miether nur künden kann, wenn die Ausbesserungen der Art sind, daß sie ihm die „Bewohnung" unmöglich machen); österr. Ges. § 1118 (wonach er künden kann, wann das vermiethete Gebäude „neu aufgeführt werden muß"); Soloth. Ges. § 1123 (wonach er künden kann, wenn ihm der „Gebrauch eines beträchtlichen Theils" der Lokalität „entzogen" wird) und zürch. Ges. § 1492 (wonach er zurücktreten kann, wenn durch die Reparatur „die ganze Wohnung für einige Zeit unbrauchbar wird"). Zu bemerken ist, daß es sich hiebei nicht blos um „Wohnungen", sondern auch um Stallungen, Magazine u. s. f. handeln kann.

[7]) Ein solcher Streit ist gedenkbar, indem es natürlich nicht in der Willkür des Miethers liegt, zu beurtheilen, ob der Fall derart ist, daß er zur Kündung berechtigt ist.

[8]) Wenn z. B. der Miether mitten im Miethjahr wegen einer vorzunehmenden Hauptreparatur kündet und das Miethlokal verläßt und der Vermiether bestreitet ihm die Berechtigung zur Kündung, weil die Reparatur mit dem Zweck der Miethe nicht unvereinbar sei, so wird der Kreispräsident Vorsorge treffen, daß für den Fall des Unterliegens des Miethers der Vermiether für den ganzen Jahreszins an den Mobilien des Miethers Deckung finde. Es versteht sich, daß in solchem Fall der Miether durch gerichtliche Hinterlegung des streitig werdenden Zinsbetrages seine Mobilien befreien kann.

[9]) Wenn also A dem Schreiner B eine Werkstätte von Georgi 1863 an auf 5 Jahre vermiethet und B stirbt im Dezember des nämlichen Jahres, so können dessen Erben, welche die Schreinerei nicht fortzusetzen gedenken, den Vertrag schon mit Georgi 1864 auflösen, wenn sie ihn bis 23. Januar dieses Jahres künden. Da die Familie des Miethers durch dessen Tod oft in Umstände versetzt wird, in welchen ihr das Halten eines, auf eine Anzahl Jahre, vielleicht nur mit Rücksicht auf ein vom Hausvater betriebenes Gewerbe u. s. w. abgeschlossenen Miethvertrages zum größten Nachtheil gereichen müßte, ist die den Hinterlassenen in dieser Bestimmung ertheilte Vergünstigung sehr gerechtfertigt. Vgl. zürch. Ges. § 1510. Es versteht sich, daß diese Kündung ohne Entschädigung des Vermiethers stattfinden kann. Nach andern Gesetzen kann in diesem Falle auch der Vermiether künden.

[10]) Zufolge obiger Vorschrift, die in dieser Fassung von der zweiten Kommission beschlossen wurde, hat durchweg der Grundsatz „Kauf bricht Miethe" zu gelten, mit einziger Ausnahme eines auf mehr als Ein Jahr abgeschlossenen Miethvertrages, der nur auf das nächste Jahresziel und mit Beachtung einer dreimonatlichen Kündungsfrist von dem neuen Eigenthümer aufgelöst werden kann — vorbehalten in allen Fällen die Schadensklage des Miethers gegen den Vermiether. Der *ursprüngliche* Entwurf ließ die Auflösung des Vertrages nur in Fällen zu, in *welchen* derselbe auf mehr als 1 Jahr abgeschlossen war. Nach röm. R. (L. 25 § 1 *D. h. t.*) galt der Grundsatz „Kauf bricht Miethe" unbedingt, so daß der neue Eigenthümer den Miether (mit Vorbehalt des Rückgriffs gegen den Vermiether) sofort austreiben konnte, wofern der Verkauf nicht unter der Bedingung, daß die Miethe geachtet werde, geschlossen wurde. Nach dem österr. Gesetz § 1120 muß der Miether dem neuen Eigenthümer, „nach gehöriger Aufkündung" weichen, wenn die Miethe nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen war. Nach dem *Code Nap.* §§ 1743—1745 kann der Käufer den Miether nicht vertreiben, wenn der Miethvertrag mittelst einer öffentlichen Urkunde errichtet wurde, es wäre denn, daß solches in dem Vertrag bedungen worden wäre.

[11]) Der Konkurs des Vermiethers macht eine möglichst schleunige Vereinigung

seiner sämmtlichen Rechtsverhältnisse nöthig, zu welchem Ende auch eine möglichste Abkürzung bestehender Miethverhältnisse wünschbar erscheint — so weit solches nämlich mit der erforderlichen Schonung der Rechte des Miethers vereinbar ist. Die Analogie mit der Veräußerung liegt somit nahe. Nach dem soloth. Ges. § 1127 erlischt der Miethvertrag, wenn der Vermiether in Konkurs geräth, „so bald die Miethsache verkauft wird."

Anmerk. Nach röm. Recht konnte der Vermiether auch aufkünden, wenn er in Folge „unvorhergesehener Umstände" der Wohnung selbst bedurfte. Noch weiter geht das berner Ges. § 853, wonach der Vermiether dem Miether zu jeder Zeit und ohne Angabe des Grundes „gegen vollständige Entschädigung" aufkünden kann. Hinwieder ertheilt das preuß. L. R. (l. c. § 387) auch dem Miether das Recht, wegen Veränderung in seinen Umständen gegen Vergutung eines halbjährigen Zinses zurückzutreten.

D. Pachtvertrag.

§ 417.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Pachtvertrag besteht darin, daß Einer (der Verpächter) einem Andern (dem Pächter) eine Sache zum Fruchtgenusse zu übergeben,[1]) und der Pächter dafür einen Pachtzins zu entrichten verspricht.

Der versprochene Pachtzins kann auch in einem bestimmten Theile (einem Drittel, der Hälfte und zwei Dritteln) des Fruchtertrages bestehen.[2])

Wird Vieh verpachtet (z. B. eine Kuh um ihren Milchertrag), so heißt der Vertrag auch Viehverstellung.[3]) Wenn die Viehverstellung nicht mit einer landwirthschaftlichen Verpachtung verbunden ist, so wird nicht vermuthet, daß der Fruchtgenuß des Pächters (Einstellers) sich auch auf die Jungen der eingestellten Thiere erstrecke.

Ist die Dauer oder der Beginn der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke nicht genauer bestimmt, so wird eine einjährige Dauer und als deren Anfang der Beginn der Frühlingsarbeiten (im Zweifel Anfang März) vermuthet.[4])

Hinsichtlich der Dauer anderartiger Pachtverträge gilt im Zweifel der für die Dauer der Miethverträge (§ 411) aufgestellte Grundsatz.[5])

Wurde mit einem landwirthschaftlichen Gute zu dessen Bearbeitung und Benutzung Schiff und Geschirr oder Vieh dem Pächter hergeben, so gilt dasselbe als Zubehörde des Pachtgutes.[6])

[1]) Z. B. einen Weinberg, eine Alp, ein Bergwerk, einen See (mit Rücksicht auf dessen Fischertrag), einen Gasthof (insofern mit den dazu gehörigen Räumlichkeiten auch das Wirthschaftsgeschäft mit dessen Kredit und Kundsame zur Betreibung und Ausbeutung überlassen wird) u. s. f. Die Pacht schließt übrigens das Gebrauchs-

recht, so weit es der Bestimmung des Pachtgegenstandes nicht widerstreitet, auch in sich. So hat der Pächter eines Sees nicht nur das Recht, in demselben zu fischen, sondern auch auf demselben umherzufahren, der Pächter eines Maiensäßes auch das Recht, dasselbe als Tummelplatz für Lustpartieen zu benutzen u. s. w. Vgl. zürch. Ges. §§ 1517 und 1518.

²) In unserm Kanton kommen solche Pachten, namentlich zu einem Drittel oder zur Hälfte (letztere unter dem Namen von „Halbpacht") häufig vor. Alsdann repräsentirt der an den Verpächter abzuliefernde Theil (pars quota) des Ertrages den Pachtzins. Es ist aber diese Pachtart nicht mit dem, ebenfalls häufig bei uns vorkommenden Vertrage zu verwechseln, womit ein Grundstück Jemandem gegen einen Theil seines Ertrages (meist um den Drittel) zur Bearbeitung übergeben wird. Dieser Vertrag ist nämlich ein Lohnarbeitsvertrag, in welchem die bedungene Quote des Fruchtertrages den Arbeitslohn repräsentirt. Was bei Berechnung des zwischen Verpächter und Pächter zu theilenden Ertrages an Arbeits- oder Unterhaltungskosten in Abzug zu kommen hat, oder von dem einen oder andern Theile zu tragen ist, richtet sich zunächst nach den besondern Abreden und sodann auch nach den Ortsgewohnheiten. Oft nähert sich dieser Vertrag dem Charakter eines Gesellschaftsvertrages. Ausdrücklich für einen solchen erklärt ihn das österr. Ges. § 1103, nur für die „Vertheilung der Früchte" dagegen bringt die Grundsätze des Gesellschaftsvertrages in Anwendung das preuß. L. R. §§ 265 und 266.

³) Diese kommt bei uns häufig, namentlich auch unter dem Namen „Losung" zur Bestellung von Alpen vor. Meist befaßt sie nur den Milchnutzen. Der Pachtzins kann ebenfalls sowohl in einem fixen Geldbetrag als in einer Quote der Molken bestehen. Meist wird aber diese Viehverstellung mit einer Güterpacht verbunden.

⁴) Der Beginn derselben variirt in unserm Kanton nach den klimatischen Verhältnissen, der Fruchtgattungen und den Uebungen der verschiedenen Gegenden von Mitte Februar bis Ende April. Es versteht sich, daß bei Abgang bestimmter Abreden über den Beginn der Güterpacht zunächst die an dem betreffenden Ort geltende Uebung und erst, in Ermangelung einer solchen („im Zweifel"), die gesetzliche Vermuthung für den „Anfang Merz" Platz zu greifen hat.

⁵) D. h. es wird im Zweifel die Dauer des Vertrags nach der für den Pachtzins bestimmten Zeitfrist bemessen. Wird also ein Gasthof, ohne nähere Zeitbestimmung, um einen Jahreszins von Fr. 3000 verpachtet, so wird im Zweifel vermuthet, der Vertrag sei auf ein Jahr abgeschlossen.

⁶) Hieraus folgt das erweiterte Benutzungsrecht, die erweiterte Unterhaltungspflicht und Verantwortlichkeit des Pächters nach Maßgabe des § 419.

Anmerk. Eigentliche Pachten waren im Mittelalter selten, indem die Lehensform dem Geist damaliger Zeit besser zusagte und daher weit üblicher war. Doch kommen auch Beispiele eigentlicher Pachten schon früh bei uns vor; dieselben waren aber meist so, daß sie auf längere Dauer und zwar gewöhnlich auf 29 oder 30 Jahre abgeschlossen waren und der Zins in natura zu entrichten war, somit immerhin in möglichster Annäherung an die Lehensform (daher man sie wohl auch emphyteusis hieß). So z. B. pachten Lanfrancus del Pisce und die Gemeinde Poschiavo den 27. Juni 1201 von Egino v. Matsch die Erzgruben von Poschiavo (per massaricium et locationis nomine) auf 30 Jahre und versprechen ihm als Pachtzins $1/_{10}$ des Ertrages, indem sie ihm zugleich für Innehaltung des Vertrages „ipsum laborem et quid facitur" verpfänden. Ebenso verpachtet Abt Gualfred von Disentis den 3. April 1226 einen Weinberg auf 29 Jahr für einen Jahreszins in Wein (pro sex condiis musti). (Mohr Cod. I. Nr. 168 und 195.)

§ 418.

Pflichten des Verpächters.

Der Verpächter ist verpflichtet, die verpachtete Sache nebst Zu-

behörden [1]) dem Pächter rechtzeitig und in dem zu dem bedungenen oder vorausgesetzten Zwecke nutzbaren Zustande zum Fruchtgenuß, beziehungsweise auch zur Benutzung [2]) und Bewirthschaftung, [3]) zu übergeben und in diesem Zustande, so weit die Unterhaltung nicht dem Pächter obliegt (§ 419), für die Dauer der Pachtzeit zu erhalten. [4])

Der Verpächter ist zu einem verhältnißmäßigen Nachlaß des fixen Pachtzinses verpflichtet, wenn der Pachtgegenstand während der Pachtzeit in seiner Substanz theilweise untergeht [5]) oder dessen Frucht durch Kriegsereignisse oder andere nicht vorauszusehende Zufälligkeiten erheblich zerstört wird, [6]) vorausgesetzt, daß letztere weder in klimatischen Verhältnissen (z. B. Frost) noch in sonstigen periodischen Naturereignissen (z. B. Maikäfernoth, von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Lavinen) liegen. [7])

Nur bei Pachten von nicht längerer als einjähriger Dauer hat der Pächter wegen bloßer Mißerndten, sofern letztere nicht einmal ein Drittel des Pachtzinses abwerfen, Anspruch auf einen Nachlaß, und zwar eines Drittels des Pachtzinses. [8])

Nützliche Verwendungen hat der Verpächter dem Pächter wie einem redlichen Besitzer (§ 216) zu vergüten. [9])

[1]) Also auch Mauern, Häge, landwirthschaftliche Gebäulichkeiten (s. § 178) hat der Verpächter dem Pächter in einem zur Benutzung eines Gutes brauchbaren Zustand zu übergeben.

[2]) Vgl. Note 1 zu § 417.

[3]) Der Pächter erhält somit das Recht zur Bewirthschaftung des gepachteten Gutes oder Bergwerkes u. s. w., ohne daß ihm der Verpächter die Art derselben vorschreiben darf, so weit nämlich durch sie weder die Substanz der Sache noch die Nachhaltigkeit ihres Ertrages affizirt wird.

[4]) Diese Unterhaltungspflicht des Verpächters wird freilich, mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 419, bei landwirthschaftlichen Grundstücken sich auf die Hauptreparaturen an den Gebäulichkeiten, die Wiederurbarisirung überschwemmter Felder und den Neubau eingestürzter Wuhren beschränken, bei anderartigen Pachtverträgen aber meist noch geringer sein.

[5]) Wenn er ganz untergeht (z. B. wenn die gepachtete Mineralquelle dauernd verschüttet wird, der gepachtete Gasthof abbrennt, das gepachtete Gut ganz unter Wasser gesetzt wird), so erlischt der Pachtvertrag vermöge § 365.

[6]) Wegen unerheblicher Schädigungen kann auch in diesem Fall kein Nachlaß verlangt werden.

[7]) Das röm. Recht schreibt allgemein den Nachlaß des Pachtzinses vor für jeden in Folge außerordentlicher Zufälligkeiten (quod extra consuetudinem accidit) oder höhere Gewalt (vis maior, vis cui resisti non potest) eingetretenen beträchtlichen Erndteverlust (si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus). Nach diesem Vorgange haben die meisten neuern Gesetze dem Verpächter einen entsprechenden Nachlaß des Pachtzinses auch im Falle von Mißerndten zur Pflicht gemacht. So preuß. L. R. I. 21 § 478 („wenn der gewöhnliche Ertrag durch außerordentliche Unglücksfälle beträchtlich vermindert worden"), *Code Nap.* §§ 1769 und 1770 (wenn die Erndte ganz oder wenigstens zur Hälfte zu Grunde geht — immerhin mit Zulassung einer Ausgleichung bei einem, auf mehrere Jahre geschlossenen Pachtvertrage), österr. Ges. § 1105 (wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzung

des nur auf Ein Jahr verpachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen ist), zürch. Ges. §§ 1537—1540 (mit freierem Spielraum für das richterliche Ermessen). Dagegen schließt eine solche Verpflichtung des Verpächters ausdrücklich aus das berner Ges. § 844.

Es beruht aber diese Nachlaß-Theorie offenbar auf einem falschen Billigkeitsgefühl, indem die Einflüsse klimatischer Verhältnisse auf den Fruchtertrag, und selbst mögliche Mißerndten, von jedem Pächter ins Auge gefaßt werden können und sollen und es seine Sache ist, die unglücklichen Chancen gegen die glücklichen abzuwägen und danach das Zinsangebot zu bestimmen. In soweit können Mißerndten nicht als etwas „Unvorhergesehenes" gelten. Irrt er sich in seiner Berechnung, so muß er es an sich haben wie der Hoffnungskäufer. Dagegen rechtfertigt sich der Nachlaß allerdings aus dem Grunde der, in diesem Artikel bezeichneten, außer der menschlichen Berechnung liegenden Zufälligkeiten.

[8]) Diese Ausnahme wurde von der ersten Kommission beschlossen, und es findet dieselbe ihre Rechtfertigung darin, daß sie einestheils auf den Fall einer ganz außerordentlichen Mißerndte und anderntheils auf einjährige Pachten eingeschränkt ist, bei welchen somit dem Pächter keine etwelche Ausgleichung sei es durch vorangegangene sei es durch nachfolgende gute oder mittlere Erndten zu Statten kommt. Der vorgesehene Nachlaß hätte somit z. B. einzutreten, wenn A dem B sein Gut um Fr. 1200 auf ein Jahr verpachtet hätte, der Ertrag der Erndte aber nicht einmal Fr. 400 betrüge. In solchem Fall würde A ~~dem~~ B Fr. 400 an dem Pachtzins nachzulassen haben. Uebrigens kommt diese Bestimmung nur in Anwendung, wenn die Pacht thatsächlich blos Ein Jahr dauert. Es würde somit in dem beispielweise erwähnten Falle A einem Nachlaß am Pachtzins durch eine Verlängerung der Pacht entgehen können. Leider spricht sich obige Bestimmung nicht näher darüber aus, ob bei Berechnung des Werths der Erndte der Roh- oder der Rein-Ertrag zu Grunde zu legen sei. Es wird inzwischen wohl der erstere gemeint sein.

[9]) Z. B. wenn der Pächter durch Drainirung das Gut nachhaltig verbessert. Vgl. auch § 413 Note 5. Doch versteht es sich, daß der Pächter, wie der Miether, auf eine solche Entschädigung nur unter der Voraussetzung Anspruch hat, daß er nicht gegen ein ausdrückliches Verbot des Verpächters handelte.

§ 419.

Pflichten des Pächters.

Der Pächter ist verpflichtet, die gepachtete Sache ihrem Zwecke gemäß und mit Rücksicht auf die Nachhaltigkeit des Ertrages zu benutzen und zu bewirthschaften, [1]) ferner alle mit deren Benutzung oder Bewirthschaftung verbundenen Kosten, sowie die ordentliche und gewöhnliche Unterhaltung von Hauptsache und Zubehörden (Schiff und Geschirr, Einfriedungen, Wasserleitungen, Brunnen, Gräben, Wegen, landwirthschaftlichen Gebäulichkeiten u. s. w.) zu tragen. [2])

Der Pächter hat die Rechtsame des Pachtgegenstandes nach Vermögen zu wahren und dem Verpächter von Uebergriffen Dritter zeitig Nachricht zu geben. [3])

Nach vollendeter Pacht hat der Pächter die Sache, unverschuldeten Zufall und Alter vorbehalten, in demselben Zustande, in welchem er sie übernahm, im Zweifel in mittelgutem, rechtzeitig zu erstatten. Durch den Gebrauch oder eigene Verschuldung zerstörte Geräthschaften hat er durch andere von gleicher Gattung zu ersetzen. [4])

Uebernahm er mit dem Pachtgute Vorräthe an vertretbaren

Sachen (Heu, Stroh u. s. w.), so hat er davon gleich viel und in gleicher Gattung auf demselben zurückzulassen.[5])

Wurden bei der Uebergabe eines Pachtgutes die gleichzeitig überlassenen Geräthschaften, Vorräthe oder Viehstücke geschätzt, so wird vermuthet, der Pächter habe das Eigenthum an denselben erlangt und daher während der Pachtzeit selbst den daran sich ereignenden Zufall zu tragen, jedoch dieselben nach Ablauf der Pachtzeit im gleichen Werthe zu ersetzen.[6])

Endlich hat der Pächter den Pachtzins auf die bedungene Zeit, im Zweifel am Pachtziel und, wenn die Pacht auf länger als Ein Jahr abgeschlossen wurde, jährlich zu entrichten.[7])

Der Pächter ist nicht ermächtigt, den Pachtgegenstand ohne Bewilligung des Verpächters in Hinterpacht zu geben.[8])

[1]) Daraus folgt z. B., daß der Pächter eines Gasthofes nicht um augenblicklicher Vortheile willen den nachhaltigen Kredit desselben gefährden darf; daß der Pächter eines Bergbaues nicht auf Kosten der Nachhaltigkeit Raubbau treiben darf; daß der Pächter eines Landgutes nicht Dünger oder Futter von demselben wegführen, auch nicht die Bestimmung der einzelnen Grundstücke, ohne Einwilligung des Verpächters, ändern, z. B. Weingärten in Aecker, Aecker in Wiesen verwandeln, überhaupt die Substanz und das Stammkapital nicht angreifen darf. Weniger genau überbindet ihm der *Code Nap.* § 1766 die Pflichten eines „guten Hauswirthes“ und untersagt ihm das preuß. L. R. a. a. O. § 271 die „Verminderung der Substanz“.

[2]) Darunter sind Hauptreparaturen, wie namentlich Erneuerung des Daches, von Hauptmauern an Gebäulichkeiten oder Neubau eingerissener Dämme und Wuhren nicht begriffen, da selbige vielmehr dem Verpächter obliegen. Das preuß. L. R. I. 21. 440 und 447, und ihm nach auch das zürch. Ges. § 1528 und 1529, verpflichten den Pächter noch überdies, zu den dem Verpächter obliegenden Reparaturen mitzuhelfen, so weit er mit seinem Gesinde und den Erzeugnissen des Gutes Beihülfe zu leisten vermag. Lediglich mit dieser Einschränkung erklärt den Pächter überhaupt pflichtig das österr. Ges. § 1096. Nach dem soloth. Ges. § 1110 hat der Pächter blos die Unterhaltung von Wegen, Graben, Brunnen, Schiff und Geschirr.

[3]) Vgl. *Code Nap.* § 1768, soloth. Ges. § 1117 und zürch. Ges. § 1531.

[4]) Der Pächter ist somit nicht verpflichtet, die einer Viehseuche erlegenen oder durch ihr Alter entwertheten in Pacht genommenen Viehstücke durch andere zu ersetzen. Die Folgen der ordentlichen Abnutzung werden meist mit denjenigen des Alters zusammentreffen, so daß der Pächter, was z. B. die Geräthschaften betrifft, abgesehen von nachweisbar schuldhaften Beschädigungen, in der Regel nur die durch den Gebrauch zerstörten Geräthschaften durch andere wird zu ersetzen haben, wogegen der Verpächter die noch vorhandenen, sofern sie überhaupt zum Gebrauche noch tauglich sind, wird annehmen müssen. In der Regel wird auch der Mehrwerth der von dem Pächter neu angeschafften Stücke gegen den Minderwerth der in specie erstatteten kompensirt werden können. Vgl. zürch. Ges § 1533. Zu Vermeidung daheriger Streitigkeiten ist die genaue Verzeichnung der mit in die Pacht gegebenen Gegenstände (Viehstücke, Geräthschaften u. s. w.) fast unerläßlich.

[5]) Es entspricht dies einer bei uns bereits allgemein bestehenden Rechtsübung. Auch hier gilt übrigens die Schlußbemerkung der Note 4. Der *Code Nap.* § 1778 verpflichtet den Pächter, Dünger und Stroh, die nicht angetreten wurden, dem Verpächter gegen Vergutung nach einer vorzunehmenden Schätzung zu überlassen.

[6]) Wird der Uebergabe ein Schatzungsinventar zu Grunde gelegt, so ist die

Meinung der Kontrahenten dahin zu präsumiren, daß der Pächter nicht nur gleichviel Stücke von gleicher Gattung, sondern auch von gleichem Werthe zu ersetzen habe, und zwar so, daß er auch für den Zufall einzustehen habe. Streitig dagegen ist die Frage, ob in solchem Fall zu vermuthen sei, daß das Eigenthum bei dem Verpächter verbleibe oder daß es auf den Pächter übergehe. Der Entwurf hatte mit dem zürcher Ges. und andern Schweizergesetzen für ersteres sich ausgesprochen; die erste Kommission dagegen nahm in Uebereinstimmung mit dem röm. Recht (nach den Grundsätzen des contractus socidae und des Eisernviehvertrages) letzteres an, was namentlich zur Folge hat, daß, wenn der Pächter in Konkurs fällt, die geschätzten Gegenstände, wenn der Verpächter sich das Eigenthum an denselben nicht ausdrücklich vorbehielt, in die Konkursmasse fallen.

[7]) Wenn A dem B sein Gut vom ersten März an auf 5 Jahre um einen Jahreszins von Fr. 1000 verpachtet, so wird, wenn über den Zeitpunkt der Zinszahlung nichts bedungen ist, vermuthet, es sei der Zins von Fr. 1000 je auf Ende Februar eines jeden Jahres fällig. Vgl. mit Rücksicht auf die Miethe § 413 Note 3.

[8]) Pachtverträge werden wesentlich mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Pächters abgeschlossen, daher die Zulassung der Afterpacht ohne Einwilligung des Verpächters in den meisten Fällen der Intention der Kontrahenten widerstreiten würde. Der *Code Nap.* § 1765 schließt die Afterpacht nur dann aus, wenn der Pachtzins in einem Theile des Ertrages besteht.

Anmerk. Nach den Oberengad. Stat. durfte der Pächter ohne Einwilligung des Verpächters weder Heu und Dünger noch, ein Jahr vor Abgabe der Pacht, Vieh verkaufen. Aehnlich in Obtasna und Bergell mit Rücksicht auf die Feldfrüchte (früas) und in Poschiavo mit Rücksicht auf die miglioramenti. Die Bergeller Stat. enthielten sogar die Vorschrift, daß der Pächter die Feldfrüchte des gepachteten Gutes auf letzterem selbst (sofern auf demselben Gebäulichkeiten sich finden) konsumiren soll, wie denn überhaupt allgemein die Rechtsübung galt, daß das Heu des gepachteten Gutes auf letzterem selbst verfüttert, bez. der daherige Dünger nur diesem zugewendet werden soll. Bezüglich des Pachtzinses enthielten die Bergeller St. die sonderbare Bestimmung, daß wenn über dessen Zahlung Streit entstund und weder der Herr noch der Pächter beweisen könne, daß die Zinsen bezahlt oder nicht bezahlt seien, „per i primi tre anni si deve star al giuramento del padrone et il resto del massaro." Nach den Poschiaver Stat. galt für Pacht- und Bodenzinsen eine dreijährige Verjährungsfrist, wogegen auch der Herr berechtigt war, die Güter, für welche die Pacht- oder Bodenzinsen 3 Jahre lang nicht bezahlt waren, an sich zu ziehen.

§ 420.

Halb- und Drittelspacht.

In welchem Maße bei Pachten, deren Zins in einem Theile des Ertrags besteht (Halb- oder Drittelspacht), die Unterhaltungspflicht und die Baarauslagen für die Bewirthschaftung dem Verpächter oder dem Pächter oder beiden zusammen obliegen, ist zunächst, bei Abgang eigener Vertragsbestimmungen, nach der Rechtsübung der betreffenden Landesgegend zu beurtheilen. [1])

Im Zweifel werden die Bestimmungen der §§ 418 und 419 auch für die Halb- oder Drittelspacht als gültig angenommen. [2])

Wurde von dem Verpächter Viehstand mit in die Halb- oder Drittelspacht gegeben, so fallen auch die Nachzucht und der Erlös von verkauftem oder das Fleisch von geschlachtetem Vieh, mit Vorbehalt der dem Pächter rücksichtlich der Erstattung obliegenden Verpflichtung (vgl. § 419), in die Gemeinschaft des Ertrages. [3])

¹) In manchen Gegenden unseres Kantons wird es bei der sogenannten Halbpacht so gehalten, daß der Verpächter allein sämmtliche Baarauslagen für die Unterhaltung, selbst die der Geräthschaften, trägt, und dagegen die für die eigentliche Bewirthschaftung ergehenden Baarauslagen (als: für Hütung, Dreschen, Viehsalz, Vieharznei, den Farren u. s. w.) nach den Grundsätzen der Sozietät auf Rechnung der Gemeinschaft gehen. In andern Gegenden dagegen wird der Halbpächter dem gewöhnlichen Pächter gleich gehalten, und dies ist wohl das grundsätzlich Richtigere. Um jedoch nicht zu tief in bestehende Uebungen einzuschneiden, fand man es angemessen, denselben möglichst freien Spielraum zu belassen, daher die zweite Kommission folgenden von der ersten Kommission beschlossenen Zusatz wieder fallen ließ, nämlich: „Ist die Halb- oder Drittelspacht als Gesellschaftsvertrag zu beurtheilen, so fällt im Zweifel der gesammte Rohertrag des Pachtgutes, mit Einschluß der Nachzucht des etwa mit in die Pacht gegebenen Viehs (so weit sie nicht zur Ergänzung des Stammes dient) in die Gemeinschaft. Dagegen hat die Gesellschaft im Zweifel die ordentlichen und laufenden Reparaturen an Wirthschaftsgebäuden und die Baarauslagen für die Bewirthschaftung des Gutes und Besorgung des Viehes, so weit diese nicht die von dem Pächter selbst zu leistende Arbeit betreffen, zu tragen.“ Vgl. übrigens § 417 Note 2.

²) D. h. es werden im Zweifel die Grundsätze der Pacht und nicht diejenigen des Gesellschaftsvertrages in Anwendung gebracht. Die erste Kommission hatte die umgekehrte Rechtsvermuthung aufgestellt.

³) Bei der Pacht mit fixem Pachtzins fallen natürlich auch diese Produkte ausschließlich dem Pächter zu. Rücksichtlich der Erhaltung und Erstattung des Stammviehes kommen bei der Halbpacht dieselben Grundsätze wie bei der gewöhnlichen Pacht in Anwendung und ist diesfalls namentlich auch maßgebend, ob dasselbe geschätzt oder ungeschätzt übergeben wurde.

§ 421.

Stillschweigende Erneuerung.

Pachtverträge über Liegenschaften werden unter denselben Umständen und für dieselbe Zeit stillschweigend erneuert, wie Miethverträge über Räumlichkeiten (§ 415). ¹)

¹) Die stillschweigende Erneuerung, jedoch nicht auf mehr als 1 Jahr, wird somit für Pachten über Liegenschaften angenommen:

1. wenn innert der bedungenen Kündungsfrist der Vertrag nicht gekündet wurde;
2. falls keine Kündungsfrist bedungen war, wenn die Kündung nicht mindestens 3 Monate vor Ablauf der Pacht erfolgt, vorausgesetzt, daß der Pachtvertrag auf mindestens 1 Jahr geschlossen war.

Pachtverträge über bewegliche Sachen, wie die einfache Viehverstellung, werden nicht stillschweigend erneuert und erheischen auch keine vorausgehende Voranzeige, sofern eine solche nicht bedungen war.

§ 422.

Außerordentliche Kündung.

Innerhalb der bedungenen Pachtzeit kann der Pachtvertrag unter denselben Umständen und Bedingungen und von denselben Personen außerordentlich gekündet werden, wie der Miethvertrag (§ 416), so jedoch, daß Pachtverträge über Liegenschaften, wenn sie auf ein Jahr oder länger abgeschlossen sind, immer nur auf das nächste Jahresziel gekündet werden können. ¹)

Ueberdies kann der Pachtvertrag außerordentlich gekündet werden:

a. von dem Verpächter in Folge Ablebens des Pächters, und zwar unter denselben Bedingungen, unter welchen die Erben des Miethers (laut § 416 Ziff. 3) den Miethvertrag künden können; [2])

b. von den Erben des Verpächters unter denselben Bedingungen, unter welchen der neue Eigenthümer den Miethvertrag künden kann (§ 416 Ziff. 4), jedoch gegen vollständige Entschädigung des Pächters. [3])

[1]) Demnach können auf wenigstens 1 Jahr abgeschlossene Pachtverträge, wenn der Pächter mit dem Zins in Rückstand bleibt, oder wenn er in Konkurs geräth oder wenn er vertragswidrig bewirthschaftet, von dem Verpächter nicht, wie Miethverträge von dem Vermiether, ohne weiteres auf 14 Tage, sondern immer nur auf das nächste Jahresziel, und zwar auch mit Beachtung einer mindestens 14tägigen Kündungsfrist, gekündet werden. Was insbesondere den Konkurs des Pächters betrifft, so wird freilich derselbe dem Pachtvertrag von selbst alsdann ein Ende machen, wenn das zu Betreibung der Pacht erforderliche Betriebskapital (das Mobiliar des Gasthofbesitzers, Vieh und Geräthschaften des Gutspächters u. s. w.), weil dem Pächter eigenthümlich gehörend, in die Masse fällt und ihm dadurch thatsächlich unmöglich wird, den Vertrag zu halten. In solchem Fall, so wie wenn er in Folge des Konkurses nachweisbar außer Fall gesetzt wäre, den laufenden Pachtzins aufzubringen, würde der Pächter zufolge § 337 keine Erfüllungsklage gegen den Verpächter haben, sofern dieser ihm den Pachtgegenstand entzöge. Bei einer Halbpacht z. B. würde aber der Konkurs des Pächters diese Wirkung nicht haben können, indem der Halbpächter keines eigenen Betriebskapitales bedarf und seine Gegenleistung nur in seiner Arbeit besteht. Es wäre nichts desto weniger wünschbar gewesen, daß der Konkurs des Pächters, wie derjenige des Miethers, besondere Berücksichtigung gefunden hätte.

[2]) Eben weil bei Pachtverträgen die Persönlichkeit des Pächters wesentlich in Betracht kommt, ist dieses dem Verpächter vorbehaltene Aufkündungsrecht in der Sache selbst begründet.

[3]) Demnach können die Erben des Verpächters mit Vorbehalt der Schadensersatzpflicht gleich dem Käufer des Pachtgegenstandes, jeden Pachtvertrag lösen; so jedoch, daß ein Pachtvertrag, der auf mehr als Ein Jahr abgeschlossen war, nur auf das nächste Jahresziel mit Beachtung einer dreimonatlichen Kündungsfrist gelöst werden kann. Diese Bestimmung wurde von der ersten Kommission besonders zu dem Ende beschlossen, um damit die Bereinigung der Erbschaften zu erleichtern.

E. Lohnarbeitsvertrag. [1])

[1]) Es ist dies die römische *locatio conductio operarum* und (als Werkvertrag) ***operis***, welche im römischen Rechte gewöhnlich mit der Sachenmiethe (locatio conductio rerum und rei) zusammengefaßt wird. Auch der *Code Nap.* stellt noch den Lohnarbeitsvertrag unter den Miethvertrag. Andere neuere Gesetze haben ihn von letzterem strenger geschieden, jedoch unter sehr abweichenden Bezeichnungen. Das östern. Ges. gibt ihm den Titel: „entgeltliche Verträge über Dienstleistungen“; Das preuß. L. R. noch allgemeiner: „Verträge, wodurch Sachen gegen Handlungen oder Handlungen gegen Handluugen versprochen werden“; das berner Ges. nennt ihn: „Verdingung von Arbeiten“; das aarg. Ges. schlechtweg: „Verdingungsvertrag“; das zürch. Ges. endlich hat dafür den Titel: „Vertäge über entgeltliche Arbeit und Geschäftsbesorgung“. Die Bezeichnung „Lohnarbeitsvertrag“ dürfte dem Begriffe am besten entsprechen. Sie schließt auch den sog. „Honorarvertrag“, den das zürch. Ges. eigens behandelt, vollkommen in sich; denn das „Honorar“ ist eben nichts anders als ein Lohn für eine geleistete Arbeit, mag nun letztere ihrem Range und Gehalte nach höher oder tiefer stehen.

1. Im Allgemeinen.

§ 423.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Lohnarbeitsvertrag kommt dadurch zu Stande, daß der Eine (Arbeitnehmer, Verdinger) dem Andern (Arbeitgeber, Dinger) eine Arbeit zu leisten, dagegen der letztere dem ersteren dafür, ausdrücklich oder stillschweigend, einen Lohn [1]) zu entrichten sich verpflichtet.

Wenn der Arbeitnehmer seine ganze Arbeitskraft verdingt, so heißt der Vertrag ein Lohndienstvertrag.

Wenn der Arbeitnehmer eine Arbeit als Ganzes (in Akkord) übernimmt, so heißt der Vertrag ein Werkvertrag (Verdingungsvertrag, Akkordübernahme).

Wenn der Arbeitnehmer Handelsgeschäfte (z. B. Einkauf und Verkauf von Waaren) im Auftrag und für Rechnung des Arbeitgebers, jedoch in eigenem Namen, mit Dritten zu besorgen sich verpflichtet, so ist der Vertrag ein Kommissionsvertrag.

Wenn der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber den Transport einer Waare übernimmt, so ist der Vertrag ein Frachtvertrag, und wenn ersterer von dem letzteren die Versendung einer Waare nach einem bestimmten Orte übernimmt, so ist der Vertrag ein Speditionsvertrag.

Bei dem Lohnarbeitsvertrag kommen, mit Vorbehalt nachfolgender Bestimmungen und der, durch Entgeltlichkeit gesteigerten Haftbarkeit des Arbeitnehmers (§ 339), die Grundsätze des Bevollmächtigungsvertrages in Anwendung.

[1]) Das Versprechen eines Lohnes ist das Moment, wodurch sich hauptsächlich der Lohnarbeitsvertrag von dem Mandat unterscheidet. Die rechtliche Folge davon ist eine striktere Verpflichtung beider Theile als bei dem Bevollmächtigungsvertrag; namentlich haftet der bezahlte Beauftragte oder der Arbeitnehmer auch für leichte Fahrläßigkeit und kann der Arbeitgeber nicht wie der Auftraggeber jenen ohne weiteres entlassen. Freilich kommt es bei Beurtheilung dieses Rechtsverhältnisses auch sehr darauf an, ob der Lohn als voller Gegenwerth der Leistung anzusehen ist oder nicht. Je weniger dieses der Fall ist, je mehr der Lohn nur den Charakter einer dankbaren Anerkennung, einer „Gratifikation" annimmt, desto mehr nähert sich das Vertragsverhältniß dem Mandat. Namentlich wird der sog. „Honorarvertrag" wegen der schwierigen Schätzung geistiger Arbeiten häufig eine solche Mittelstellung zwischen dem Lohnarbeits- und dem Bevollmächtigungsvertrag einnehmen.

Nach röm. R. mußte der Betrag des Lohnes, wie derjenige des Mieth- und Pachtzinses, bestimmt sein (L. 25 pr. D. locati conducti. 19. 2). Die meisten neueren Gesetze fordern dies nicht, z. B. das österr. Ges. § 1152 („Ist der Lohn weder durch die Verabredung noch durch ein Gesetz festgesetzt, so bestimmt ihn der Richter.") — Der Lohn kann übrigens möglicherweise nicht nur durch die Kontrahenten, sondern auch durch gesetzliche Taxen bestimmt sein. Die Verpflichtung, einen Lohn zu bezahlen, wird häufig auch nur stillschweigend eingegangen, z. B. dadurch, daß Jemandem, der aus Arbeiten oder Dienstleistungen ein Gewerbe macht, ein Auftrag gegeben oder bei ihm eine Bestellung gemacht wird.

§ 424.

Pflichten des Arbeitnehmers.

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die übernommene Arbeit nach Vertrag und auf die bedungene oder stillschweigend vorausgesetzte Zeit,[1]) und zwar, so weit nach Vertrag oder nach der Natur des Geschäftes auf seine persönliche Arbeit gerechnet wurde, selbst auszuführen.[2])

[1]) Wurde die Leistungs- oder Lieferungszeit nicht ausdrücklich bedungen, so wird sich doch dieselbe aus der Natur des Geschäftes oder dem Zweck der auszuführenden Arbeit in der Regel entnehmen lassen. Sollte dies nicht der Fall sein, so kann der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer in der Leistung zögert (§ 340), demselben eine gerichtliche Nothfrist anberaumen lassen. Auch versteht es sich nach § 340, daß der Arbeitgeber eine verspätete Leistung nicht anzunehmen braucht. Uebrigens wird man es im kaufmännischen Verkehr in der Regel mit der genauen Einhaltung der Leistungsfristen strenger als im gewöhnlichen Verkehr nehmen.

[2]) Es kommt hier Alles auf die Abrede und die Natur des Geschäftes an. Ein Künstler wird sich nie einen Andern substituiren können; ebenso wenig ein Dienstnehmer oder auch nur ein Taglöhner, weil in allen diesen Fällen die persönliche Arbeitskraft gedungen wird. Ein Kommissionär dagegen wird auf seine Wag und Gefahr wohl auch einen Andern mit Ausführung der Kommission beauftragen können. Auch ist die persönliche Arbeit des Uebernehmers oft sehr relativ, indem sie sich, z. B. bei Ausführung von Bestellungen in größeren Geschäften, oft nur auf die Aufsicht und Leitung beschränkt; daher der Ausdruck: „so weit."

Da indeß auf die persönlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers mehr oder weniger meist Rücksicht genommen wird, so wird auch der Lohnarbeitvertrag durch den Tod des Arbeitnehmers (zufolge § 365) in der Regel erlöschen. Endlich versteht es sich von selbst, daß der Arbeitnehmer auch für seine Angestellten zu haften hat (§ 338 vorletzter Absatz). Vgl. Thibaut § 514. Das österr. Ges. § 1161 gestattet die Substitution in „dringenden Fällen", behaftet aber für Versehen in der Auswahl des Substituten. Das preuß. L. R. I. 11. § 900 gestattet sie nur mit Einwilligung des Arbeitgebers.

Anmerk. Mit Rücksicht auf verspätete Leistungen, z. B. wenn ein, auf 31. März gedungener Dienstbote sich nicht stellt, oder wenn ein Gebäude innert der bedungenen Zeit nicht erstellt wird oder wenn der Transport einer Waare, sei es durch Schuld des Verpflichteten sei es durch Zufall, unterbrochen wird, gelten die allgemeinen Grundsätze des § 340, welcher freilich in Folge des vom Gr. Rath gefaßten Beschlusses (s. Note 9 zu § 340) zwischen Verspätungen, die für den Zweck des Vertrages wesentlich sind und solchen, die es nicht sind, leider nicht unterscheidet.

§ 425.

Pflichten des Arbeitgebers.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer, wenn nichts anderes, ausdrücklich oder stillschweigend, bedungen wurde, den Lohn sofort nach vertragsmäßig geleisteter Arbeit, beziehungsweise nach erstelltem und übergebenem Werke, zu bezahlen.[1])

Wurde der Arbeitslohn nicht genau bestimmt, und ist dessen Betrag auch nicht aus der Absicht der Kontrahenten zu entnehmen, so ist derselbe, mit Berücksichtigung der üblichen Ansätze, nach dem Werthe der geleisteten Arbeit, beziehungsweise des erstellten Werkes, zu bemessen.[2])

Wurde ein **Werkvertrag** abgeschlossen, so kann der Arbeitgeber den Auftrag nur mit voller Entschädigung des Arbeitnehmers zurückziehen, es wäre denn, daß letzterer durch nachgewiesene grobe Fahrläßigkeit oder offenbare Untüchtigkeit den Widerruf rechtfertigte. [3])

[1]) Das röm. R. (L. 30 § 3 D. locati conducti 19. 2) bestimmt, daß, wenn eine Arbeit oder ein Werk nach einem gewissen Maß verdungen wurde, der Lohn nach Verhältniß der geleisteten Arbeit doch bezahlt werden müsse, obwohl das Werk noch nicht aufgeführt wurde, z. B. wenn bei einem Hausbau so viel per Fuß für die Mauer versprochen wurde. Vgl. auch österr. Ges. § 1156, wonach, wenn „eine Arbeit in gewissen Abtheilungen der Zeit oder des Werkes verrichtet wird", der Lohn nach Verhältniß auch vor vollendeter Arbeit verlangt werden kann. Allein an jenem römischen Grundsatze ist nur so viel richtig, daß, wenn die Arbeit unterbrochen wird, der Arbeitgeber nicht zum Nachtheile des Arbeitnehmers sich soll bereichern dürfen, wobei schließlich viel darauf ankommt, ob die Unterbrechung durch Schuld des Arbeitnehmers oder durch Zufall stattfand.

Wenn der Arbeitgeber die rechtzeitige Annahme des Werkes ohne rechtlichen Grund verweigert, so treten die in § 341 bezeichneten Folgen ein. — Daß er zu seinem Verhalte vor der Annahme das Werk durch Sachverständige kann untersuchen lassen, versteht sich von selbst.

[2]) Nöthigenfalls sind hiebei Sachkundige zu Rathe zu ziehen.

[3]) Solche Werkverträge sind z. B.: Bestellungen von Gewerbserzeugnissen und sog. Akkordarbeiten, wie die Vergebung eines (Haus- oder Straßen)-Baues oder einer landwirthschaftlichen Arbeit, wie des Mähens einer Wiese, des Pflügens eines Ackers nach einem Aversalanschlag. (S. die Begriffsbestimmung in § 423). Bei diesem Werkvertrag (wie bei dem Lohndienstvertrag) kann der Arbeitgeber den Auftrag nicht mehr willkürlich zurückziehen, während in anderen Fällen dieses (versteht sich gegen Vergutung des entsprechenden Lohnes und allfälliger Auslagen) nach den Grundsätzen des Mandates geschehen kann. So kann der Arzt, der zu einem Kranken gerufen wird, eben sowohl als der Taglöhner (vorausgesetzt, daß diesem nicht ausdrücklich eine ganze Arbeit verdungen wurde und die verwendeten Tage nur als Maßstab für die Bezahlung gelten sollen) jederzeit verabschiedet werden.

Aber selbst wenn die Arbeit als Ganzes vergeben wurde, greifen die Grundsätze des Mandates so weit durch, daß die Bestellung oder der Akkord — freilich nur gegen volle Entschädigung, d. h. gegen Vergutung der bereits geleisteten Arbeit und der gehabten Auslagen so wie des entgangenen Gewinnes — zurückgezogen werden kann, denn es wäre z. B. für den Vergeber eines Haus-, Straßen- oder Eisenbahnbaues möglicherweise von unverhältnißmäßigem Nachtheile, wenn er unter allen Umständen genöthigt wäre, denselben vor sich gehen zu lassen, ungeachtet sich die Umstände vielleicht so veränderten, daß das Haus, die Straße oder Eisenbahn für ihn keinen Werth mehr hätte. Vgl. mit Bezug auf den Werkvertrag *Code Nap.* § 1794, soloth. Ges. § 1134, zürch. Ges § 1589.

Zu dieser vollen Entschädigung ist jedoch der Arbeitgeber alsdann nicht verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer durch die Nachläßigkeit oder Untüchtigkeit, womit er die Arbeit an Hand nimmt und daher den Arbeitgeber in Nachtheil zu bringen droht, seine Entlassung veranlaßt. Es entspricht auch dieses der guten Treue, auf welcher wesentlich der Lohnarbeitsvertrag beruht. Wenn z. B. der Uebernehmer eines Haus- oder Eisenbahnbaues (wie etwa die englischen Uebernehmer des Südostbahnbaues traurigen Andenkens) denselben so angreift, daß augenscheinlich das Haus oder die Eisenbahn verpfuscht oder unbrauchbar würde, so wäre dessen Entlassung aus dem Akkorde, und zwar ohne Vergutung des entgangenen Gewinnes (wohl aber mit Vergutung des Werthes der geleisteten Arbeit) gerechtfertigt. Vgl. preuß. L. R. I. 11. § 907. Das österr. Ges. § 1160 begnügt sich zu bestimmen, daß vor vollendeter Zeit oder vollendetem Werke der Vertrag „ohne zureichenden Grund" von keinem Theile gekündet werden könne.

2. Besondere Gattungen.

a. Lohndienstvertrag.

§ 426.

Allgemeine Bestimmung.

Der Lohndienstvertrag [1]) kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit oder auch nur für Verrichtung einer bestimmten Arbeit, [2]) von Seite des Dienstnehmers aber niemals auf Lebenszeit, eingegangen werden. [3])

[1]) Weder das röm. Recht noch neuere Gesetze unterscheiden genau zwischen dem Dienstvertrag und dem gewöhnlichen Lohnarbeitsvertrag. Das Charakteristische des Dienstvertrages liegt darin, daß der Dienstnehmer seine ganze Arbeitskraft dem Dienstgeber widmet, somit in ein persönliches Abhängigkeitsverhältniß zu demselben tritt. In diese Klasse gehören vorab: Dienstboten, Gesellen, Fabrikarbeiter, Komtoiristen und Ladendiener, Taglöhner; sodann auch Staatsangestellte (nicht aber Inhaber sogenannter Ehrenämter). Das Abhängigkeitsverhältniß steigert sich, wenn der Dienstnehmer bei dem Dienstgeber Kost und Logis nimmt, wie das in der Regel bei den Dienstboten, Gesellen und Kommis der Fall ist.

[2]) Z. B. ein Holzschröter tritt bei einem Holzhändler in Dienst zur Abholzung eines Waldes.

[3]) Ein solches dauerndes Abhängigkeitsverhältniß würde zu einer Art Leibeigenschaft, daher der angebornen persönlichen Freiheit unserer Staatsgenossen widerstreiten. Vgl. zürch. Ges. 1561.

§ 427.

Pflichten des Dienstnehmers.

Der Dienstnehmer ist verpflichtet, seine Arbeitskraft, so weit es die Natur des übernommenen Geschäftes und die Uebung erheischt, dem Dienstherrn zu widmen. [1]) Er hat des letzteren Aufträge und Weisungen, so weit sie den übernommenen Dienst beschlagen, zu befolgen, [2]) sich gebührend zu betragen und, wenn er bei dem Dienstherrn wohnt, sich dessen Hausordnung zu unterziehen.

Er kann ohne Zustimmung seines Dienstherrn sich nicht durch einen Andern ersetzen lassen. [3])

[1]) Der Begriff der „ganzen Arbeitskraft" ist cum grano salis aufzufassen. Er ist begrenzt theils durch die Natur des Dienstes (indem der Dienstnehmer nicht zu anderweitigen Geschäften verwendet werden darf), theils durch die Uebung (die zu einer bestimmten Stunde Feierabend gebietet), theils endlich durch die Vorschrift von § 428, wonach der Dienstherr überhaupt den Dienstnehmer nicht über Gebühr ausnutzen darf. Mit Bezug auf Gesellen schreibt das preuß. L. R. II. 8. § 367 vor: „Kein Geselle darf andere als die ihm vom Meister angewiesene Arbeit verrichten." — Daß der Diestnehmer die freie Zeit, die er ohne Benachtheiligung seines Dienstes erübrigt, für sich nach Gutfinden verwenden kann, versteht sich von selbst.

[2]) Das Abhängigkeitsverhältniß ist nur ein auf den Gegenstand des Dienstes beschränktes. In Dingen, die den Dienst nicht beschlagen, ist der Dienstnehmer sein eigener Herr.

[3]) Da das Dienstverhältniß ausschließlich auf der Persönlichkeit des Dienstnehmenden beruht, ist diese Bestimmung selbstverständlich. Vgl. zürch. Ges. § 1563.

§ 428.

Pflichten des Dienstherrn.

Der Dienstherr ist nicht berechtigt, von dem Dienstnehmer ein größeres als ein dessen Kräften entsprechendes und dessen Gesundheit unschädliches Maaß von Arbeit zu fordern. [1])

Er hat den Dienstnehmer menschlich zu behandeln; wenn dieser bei ihm in Kost ist, ihm gesunde, genügende Nahrung zu reichen; so weit es die Umstände gestatten, auch sein sittliches Wohl sich angelegen sein zu lassen und in Krankheitsfällen, bis anderweitig für ihn gesorgt werden kann, ihm die nöthige Pflege angedeihen zu lassen, so jedoch, daß er für die daherigen Baarauslagen Vergutung zu fordern berechtigt ist. [2])

Er hat endlich dem Dienstnehmer auf die verabredeten oder üblichen Zahlfristen, im Zweifel nach Ablauf der Dienstzeit, und wenn dieselbe mehr als einjährig ist, jedenfalls alljährlich den bedungenen Lohn zu entrichten. [3])

[1]) Die Menschlichkeit sowohl als die Gerechtigkeit verbieten es, daß der Dienstherr den Dienstnehmer in selbstigem Interesse ausnutze. Eines solchen gesetzlichen Schutzes sind besonders die (bei uns zur Stunde freilich noch nicht zahlreichen) Fabrikarbeiter, und unter diesen vorzüglich die Kinder, bedürftig. Vgl. zürch. Ges. § 1564.

[2]) Das Abhängigkeitsverhältniß, in welches der Dienstnehmer zu dem Dienstherrn tritt, legt dem letztern auch entsprechende Pflichten auf; ganz besonders ist dies der Fall, wenn der Dienstnehmer Hausgenosse des Dienstherrn wird. Alsdann tritt letzterer jenem gegenüber an die Stelle eines Hausvaters und wird der Dienstnehmer gleichsam Glied der Familie. Vgl. mit Bezug auf Krankheitsfälle von Dienstboten und Lehrlingen soloth. Ges. § 1164 und § 1182.

[3]) Gewöhnlich hat Abrede oder Uebung schon die Zahlfristen bestimmt, z. B. zwischen Meister und Gesellen auf je acht oder vierzehn Tage, (in Chur ist es der Sonnabend jeder Woche). Dieser Dienstlohn ist als der sog. Liedlohn anzusehen, der in dem Konkurse des Dienstherrn privilegirt ist.

Anmerk. Zu Ausmittlung des bedungenen Dienstlohnes, wenn dieser streitig wird, räumt der *Code Nap.* (§ 1781) und gegenüber Dienstboten auch das soloth. und berner Ges. dem Dienstherrn den Eid ein. Im Davoser L. B. hieß es: „Liedlohn solle man ausrichten, sobald der verdient ist oder darnach in 14 Tagen.

§ 429.

Kündung des Dienstvertrages.

Hinsichtlich der stillschweigenden Erneuerung der auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverträge, beziehungsweise der gesetzlichen Kündungsfristen, gelten dieselben Grundsätze, wie für die Miethe (§ 415). [1])

Auf unbestimmte Zeit eingegangene Dienstverträge können von beiden Theilen jederzeit sofort gekündet werden. [2]) Im Zweifel werden Dienstverträge als für diejenige Zeit geschlossen angesehen, für welche der Dienstlohn bedungen wurde. [3])

Der Vertrag kann innert der bedungenen Dienstzeit außerordentlich von jedem Theile gekündet werden:[4])

a. wenn der andere seine Verpflichtung gröblich verletzt oder

b. wenn ihm selbst unvorhergesehene und unverschuldete Umstände die Erfüllung des Vertrages nur mit unverhaltnißmäßigem Nachtheile möglich machen;[5]) doch darf die Kündung in letzterem Falle, wenn irgend thunlich, nur mit Beachtung einer vierzehntägigen Kündungsfrist geschehen.

Endlich kann ein Dienstnehmer wegen längerer Krankheit, die ihn seinen Dienst zu versehen hindert, entlassen werden.[6])

Der Lohn ist in allen diesen Fällen nach Verhältniß der Zeit, während welcher der Dienst versehen wurde, zu berechnen.

[1]) D. h. es findet eine stillschweigende Erneuerung nur statt:

a) wenn eine Kündungsfrist bedungen war und innert derselben weder von der einen noch von der andern Seite gekündet wird — gleichviel auf welche Dauer der Vertrag eingegangen war; die stillschweigende Erneuerung findet alsdann stets auf die nämliche Dauer statt, auf welche der Vertrag eingegangen war, niemals aber auf länger als 1 Jahr. Wenn also der Meister A den Gesellen B monatweise mit achttägiger Kündungsfrist dingt und es kündet weder der Meister noch der Gesell spätestens acht Tage vor Ablauf des Monats, so ist der Vertrag als auf einen neuen Monat erneuert anzusehen.

b) wenn keine Kündungsfrist bedungen, der Vertrag aber mindestens auf 1 Jahr abgeschlossen war, insofern nicht spätestens drei Monat vor Ablauf des Vertrages gekündet wird. Doch findet auch hier die stillschweigende Erneuerung niemals auf länger als auf 1 Jahr statt. Z. B. der Landwirth A dingt den Knecht B auf 2 Jahre ohne eine Kündungsfrist zu verabreden. Wird alsdann der Vertrag weder von dem Herrn noch von dem Knecht spätestens 3 Monate vor Ablauf der zwei Miethjahre gekündet, so wird derselbe als erneuert angesehen, jedoch nur auf Ein neues Jahr. Wenn dagegen A den B nur auf $1/2$ Jahr dingte, so löst sich der Vertrag mit Ablauf des halben Jahres, insofern keine Kündungsfrist bedungen war, und findet daher keine stillschweigende Erneuerung statt.

Das soloth. Ges. § 1165 statuirt eine solche stillschweigende Erneuerung bei Dienstboten, wenn der auf $1/2$ Jahr geschlossene Vertrag nicht 6 Wochen vor Ablauf der Dienstzeit gekündet wird. Für kürzere Dienstzeit muß die Kündung drei Tage vor deren Ablauf geschehen.

[2]) Die Dienstdauer kann freilich auch stillschweigend bestimmt sein, wenn hierüber eine feste Uebung besteht. So ist z. B. in Chur im Verhältniß zwischen Meistern und Gesellen eine achttägige Dienstdauer als übungsgemäß und somit im Zweifel als stillschweigend bedungen anzusehen, wie denn auch die Auszahlung übungsgemäß je nach acht Tagen (am Sonnabend) erfolgt, so daß, wenn nach Ablauf derselben der Dienst noch fortgesetzt wird, er neuerdings auf acht Tage eingegangen wird. Zu bemerken ist übrigens, daß in Chur, wie anderswo, Gesellen übungsgemäß bevor sie fest gedungen werden, auf eine achttägige Probezeit angenommen werden, während welcher selbstverständlich jeder der beiden Kontrahenten nach Belieben künden kann.

[3]) Z. B. wenn eine Magd für einen monatlichen Lohn von Fr. 10 gedungen wird, so wird im Zweifel, d. h. wenn von den Kontrahenten nichts Abweichendes verabredet wurde oder eine abweichende Intention derselben aus den Umständen ersichtlich ist, angenommen, die Magd sei monatweise gedungen.

[4]) Diese außerordentliche Kündung entspricht derjenigen der Miethe. Sie setzt

eine grobe Verletzung der dem einen oder andern Theile obliegenden Verpflichtungen oder außerordentliche unvorhergesehene Umstände voraus. Das soloth. Ges. detaillirt (§ 1167 und § 1172) die Fälle, in welchen außerordentlicher Weise der Austritt oder die Entlassung gerechtfertigt ist. Besser ist aber, der Beurtheilung der konkreten Fälle nicht vorzugreifen. Mißhandlung und grobe Beschimpfung, Verleitung zur Unsittlichkeit, Untreue, Vorenthaltung des Lohnes, dürften namentlich zu den groben Pflichtverletzungen, welche den sofortigen Austritt beziehungsweise die sofortige Entlassung rechtfertigen, gehören.

5) Als solche sind für den Dienstherrn gedenkbar: wenn sich seine ökonomische Lage unerwartet verschlimmert, sein Geschäft stockt, er seinen Wohnsitz verlegen muß; für den Dienstnehmer: wenn seine Gesundheitsumstände ihm die Fortsetzung des Dienstes nicht mehr gestatten, durch einen unerwarteten Todesfall seine Rückkehr zur Familie unerläßlich wird u. s. w. In solchen Fällen darf aber die Kündung nicht von heute auf morgen, so weit thunlich auch nicht unzeitig, z. B. von Seite des Dienstnehmenden gerade in einem Augenblick geschehen, in dem er am nothwendigsten wäre und von Seite des Dienstherrn in einem solchen, in welchem der Dienstnehmende am wenigsten ein anderweitiges Unterkommen finden kann. Es soll eben von beiden Seiten mit guten Treuen gehandelt werden.

6) Mit Bezug auf Dienstboten schreibt das soloth. Ges. (§ 1169) vor: es können dieselben wegen Krankheiten, die länger als 14 Tage dauern, entlassen werden, und zwar mit verhältnißmäßigem Lohnabzug.

§ 430.

Widerrechtliche Kündung.

Sowohl der Dienstherr, der den Dienstnehmer widerrechtlich 1) entläßt, als der Dienstnehmer, der widerrechtlich aus dem Dienste tritt, hat dem andern Theile Schadensersatz zu leisten, und zwar so, daß der Dienstherr dem Dienstnehmer, außer dem, auf die Zeit des geleisteten Dienstes treffenden Lohnbetrag, und der Dienstnehmer dem Dienstherrn für den Rest der bedungenen Dienstzeit ein Viertel bis drei Viertel des bedungenen Gesammtlohnes zu vergüten, beziehungsweise vom bereits verdienten Lohn sich abziehen zu lassen hat. 2)

1) D. h. gegen die Bestimmungen des § 429.

2) Z. B. A dingt am 1. Mai den B als Knecht auf ein Jahr und zwar um den Lohn von Fr. 180. Am 1. August entläßt A den B ohne rechtlichen Grund. Alsdann hat ersterer dem letzteren a) Fr. 45 als den auf 3 Monate treffenden $^1/_4$ des Jahreslohnes zu bezahlen; und überdies b) je nach dem Grade der Widerrechtlichkeit, welche A sich zu Schulden kommen ließ, Fr. 45 bis Fr. 115 als Schadensersatz zu vergüten.

Umgekehrt müßte B, wenn er unberechtigter Weise am 1. Aug. den Dienst verließe, dafür dem A einen Schadensersatz im Betrag von Fr. 45 bis Fr. 115 (d. h. $^1/_4$ bis $^3/_4$ des Gesammtlohnes) leisten bez. sich an seinem Lohn in Abzug bringen lassen. Obige Fassung wurde von der zweiten Kommission beschlossen.

Das soloth. Ges. § 1163 schreibt mit Rücksicht auf die Dienstboten vor: „Wenn der Dienstherr den Dienstboten ohne hinlänglichen Grund entläßt, so muß er von dem Tage der Entlassung an noch für $^1/_4$ Jahr oder, wenn eine kürzere Dienstzeit bedungen war oder diese sonst früher aufgehört hätte, bis zum Ablauf derselben den Lohn bezahlen." Vgl. auch berner Ges. § 868 und luzerner Ges. § 668. — Allein obige Bestimmung des soloth. Ges. genügt nicht, um den Geschädigten zu schützen. Denn gesetzt der auf 1 Jahr gedungene Dienstbote würde ein paar Wochen vor Ablauf des Jahresdienstes, ohne vorausgegangene Kündung, entlassen, so würde

ihm durch Vergutung des Lohnes für jene paar Wochen nicht gedient, da er durch die unterlassene Kündung außer Fall gesetzt wurde, sich zeitig nach einem andern Dienste umzusehen. Was die von dem Dienstboten an den Dienstherrn wegen widerrechtlichen Austrittes aus dem Dienst (so wie wegen verweigerten Antrittes desselben) zu leistende Entschädigung betrifft, so setzt sie das soloth. Ges. (§ 1155 und 1166) auf fl. 4 bis fl. 16 fest.

Anmerk. Das Oberbatzer L. B. bestimmte, daß wenn „ein Knecht oder Magd vor der Zeit aus dem Dienst gehet, ohne genugsamlich Ursach und ohne seines Herren und Frauen willen" ihnen kein Lohn gegeben werden und selbige überdies mit 1 Pfd. gebußt werden sollen, wogegen wenn „Knecht oder Magd ohne redlich Ursach des Dienstes beurlaubt wurde, dem oder deren soll der völlig Lohn folgen."

b. Werkvertrag.

§ 431.

Besondere Bestimmungen. [1])

Das zu einem verdungenen Werke zu verwendende Material muß, wenn es von dem Arbeitgeber geliefert wird, die zur Verarbeitung erforderliche Beschaffenheit; [2]) wenn es von dem Arbeitnehmer (Uebernehmer) geliefert wird, die bedungene oder zum Zwecke selbstverständlich erforderliche Güte haben. [3])

Wenn der Arbeitgeber das Material zu dem Werke liefert, so haftet der Arbeitnehmer nur für die Arbeit, es wäre denn, daß er mit grober Fahläßigkeit es unterlassen hätte, den Arbeitsherrn zeitig von der ungenügenden Beschaffenheit desselben, sofern diese ihm (dem Arbeitsherrn) unbekannt war, in Kenntniß zu setzen. [4])

Hinsichtlich des dem Uebernehmer anvertrauten Materials haftet derselbe als Depositar (§ 381). Liefert dagegen der Uebernehmer das Material, so trägt er die Gefahr für dieses wie für die Arbeit, beziehungsweise für die einzelnen Abtheilungen des Werkes, bis zur Uebergabe, und zwar nach den Grundsätzen des Kaufvertrages [5]) (§ 402).

[1]) Der Werkvertrag wird im Allgemeinen nach den Grundsätzen der §§ 423 bis 425 beurtheilt. Dieser § enthält daher nur diejenigen Bestimmungen, welche ihm besonders noch zukommen.

[2]) Wenn das Material schlecht ist, so hat es zwar der Arbeitsherr an sich selbst zu tragen; immerhin kann der Unternehmer wenigstens verlangen, durch die ungenügende Beschaffenheit des Materials nicht an seiner Arbeit gehindert zu sein und dadurch zu Schaden zu kommen.

[3]) Wenn der Uebernehmer (z. B. Schuhmacher, Baumeister u. s. w.) das Material zu dem auszuführenden Werke zu liefern hat, so hat er für dessen als selbstverständlich anzusehende Güte Gewähr zu leisten (vgl. § 343 Ziff. 2). Mit Rücksicht auf das gelieferte Material hat alsdann der Vertrag den Charakter eines Kaufvertrages.

[4]) Wenn das von dem Arbeitsherrn gelieferte Material untauglich ist, so ist es Pflicht des Uebernehmers, als Sachkundigen, dieses dem Arbeitsherrn zu dessen Verhalten und zu seiner eigenen Rechtfertigung anzuzeigen. Vgl. österr. Ges. § 1157, preuß. L. R. I. 11 § 957 (letzteres sagt: „wenn die Materialien offenbar untüchtig waren") und zürch. Ges. § 1585, soloth. Ges. §§ 1142 und 1146.

⁵) Gesetzt, der Bauherr A habe dem Baumeister B das Holz zu einer ihm in Verdingung (in Akkord) gegebenen Gebäulichkeit geliefert. Bevor die Gebäulichkeit vollständig erstellt ist, brennt sie ohne Verschuldung des Bauübernehmers (z. B. in Folge eines in einem Nachbarhause ausgebrochenen Brandes) ab. In solchem Fall hat A hinsichtlich des Holzes und B hinsichtlich seiner Arbeit und des von ihm gelieferten Materials (z. B. des Mauerwerks) den Zufall zu tragen, d. h. keiner von beiden hat von dem andern einen Schadensersatz zu fordern. Hatte B auch das Holz geliefert, so versteht es sich, daß auch dieses bis zur Uebergabe des Werkes auf seine Gefahr ging und somit zu seinem Schaden verbrannte. Anders freilich würde sich die Sache gestalten, wenn B schon vor dem Brand die Gebäulichkeit erstellt und sie dem A zur Uebergabe angeboten gehabt, dieser aber die Annahme beziehungsweise Genehmigung des Werkes aus Fahrläßigkeit verzögert hätte. Alsdann würde A nach den Grundsätzen des Verzugs (§ 341 1ster Abs.) den Schaden allein zu tragen haben.

Die nämlichen Grundsätze gelten hinsichtlich der Uebergabe einzelner Abtheilungen eines Werkes. Wenn z. B. eine in Akkord zum Bau übernommene Straße stückweise kollaudirt und übergeben wird, so geht auch die Gefahr dieser übergebenen Abtheilungen auf den Arbeitsherrn über. In solchen Fällen wird der Arbeitsherr überdies in der Regel pflichtig erscheinen, die angenommenen Abtheilungen, wenn sich deren Werth nach dem Akkord ermitteln läßt, pro rata zu bezahlen. Vgl. 1ste Note zu § 425.

(Vgl. L. 36 D. locati conducti: „Opus quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculo est; quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve prestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit, et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quominus opus approbetur vel admettatur").

Anmerk. 1. Hinsichtlich der von dem Uebernehmer zu leistenden Gewähr beziehungsweise Nachwährschaft sind die allgemeinen Grundsätze über Gewährleistung (§§ 343 und 344) in Anwendung zu bringen. Demnach hat der Akkordant für das überlieferte Werk die nämliche Gewähr zu leisten, wie der Verkäufer für die verkaufte Sache, somit namentlich für die „ausdrücklich zugesicherten oder selbstverständlich vorausgesetzten Eigenschaften", jedoch nur so weit als nicht „die Gewährsmängel dem Empfänger (des verdungenen Werkes) bekannt waren oder nach Lage der Sache (namentlich, wenn sie ganz augenfällig waren) bekannt sein mußten. Die Gewährspflicht des Akkordanten wird sich mindern, wenn eine Prüfung des Werkes (der erstellten Gebäulichkeit oder der gebauten Straße u. s. w.) durch Sachkundige desselben vorausging. In solchem Fall wird sie sich auf Mängel beschränken, die selbst für das Auge des Technikers unsichtbar waren. Es versteht sich endlich, daß die Gewährspflicht des Akkordanten, wie diejenige des Verkäufers, nur unter der Voraussetzung in Anspruch genommen werden kann, daß die Mängel schon zur Zeit der Uebergabe des Werkes bestanden.

Andere Gesetze enthalten über diese Nachwährschaft meist einläßliche Bestimmungen, z. B. österr Ges. § 1153 bis § 1155, *Code Nap.* § 1788 bis § 1790, preuß. L. R. I. 11 § 940 bis 951, zürch. Ges. § 1577 ff. Erwähnenswerth insbesondere sind die Bestimmungen mehrerer Gesetze, wonach Baumeister 1) unter keinem Titel nachträglich eine Erhöhung des Akkordpreises verlangen können und 2) für eine Anzahl (3, 5, 10) Jahre für das Gebäude haftbar erklärt werden.

Anmerk. 2. Bemerkenswerth ist die Bestimmung des zürch. Ges. § 1587, welche den Arbeitsherrn zur nachträglichen Erhöhung der Akkordsumme verpflichtet, wenn „außerordentliche und nicht vorzusehende Ereignisse oder Verhältnisse die Ausführung hindern oder übermäßig erschweren." Die Billigkeit dieses Grundsatzes ist unter Umständen nicht in Abrede zu stellen. Man denke z. B. nur an den Hauensteintunnel, bei dessen Bau der Unternehmer (Brassey) einen Schaden von mehr als 1 Million dadurch erlitt, daß er, was nicht wohl vorauszusehen war, auf Wasseradern stieß. Dessenungeachtet erschien die Aufnahme eines solchen allgemeinen Grundsatzes in das Gesetz bedenklich, indem es voraussichtlich an Titeln zu derlei Reklamationen selten fehlen würde.

c. Kommission.

§ 432.

Besondere Bestimmungen.

Der Kommissionär besorgt den Abschluß von Handelsgeschäften zwar im Interesse und für Rechnung eines Kommittenten, jedoch unter eigenem Namen, und wird daher Dritten gegenüber aus den für den Kommittenten abgeschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet. [1])

An den Waaren und Forderungen, die der Kommissionär erwiesener Maßen für Rechnung des Kommittenten erwirbt, erlangt er Besitz und Eigenthum nur für letzteren, und es kann dieser von jenem (mit Vorbehalt des dem Kommissionär laut § 307 zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes) Abtretung der einschlägigen Titel verlangen. [2]) Dagegen muß der Kommittent sich von Dritten diejenigen Einreden gefallen lassen, welche ihnen gegenüber dem Kommissionär zugestanden wären. [3])

Schnell verderbende Waaren ist er, insofern eine Instruktion von dem Kommittenten nicht mehr zeitig eingeholt werden kann, berechtigt, nachdem er ihren Zustand amtlich konstatiren ließ, bestmöglichst zu veräußern. [4])

Für Verluste in Folge offenbar leichtsinniger Kreditirung hat er persönlich einzustehen. [5])

Wurde der ihm zukommende Lohn (die Provision) nicht ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt, so ist derselbe nach der an seinem Wohnorte geltenden Handelsübung zu bemessen. [6])

[1]) Z. B. der Spinner A in Chur gibt dem Kaufmann B in New-Orleans den Auftrag (die Kommission) für ihn 200 Ztr. Baumwolle anzukaufen. B bestellt diese 200 Ztr. bei dem Pflanzer C, wird aber, wenn er als Kommissionär (und nicht als bloser Mandatar des A) handelt, von C auf eigenen Namen und nicht auf den Namen des A die Baumwolle kaufen und somit auch dem C (der ohne Zweifel sich nicht an den ihm unbekannten Spinner in Chur für die Zahlung weisen ließe) persönlich für den Kaufpreis haften. Ebenso könnte B als Kommissionär des A des letzteren Gespinnste in Amerika verkaufen, in welchem Fall er auch wieder gegenüber den Käufern als Verkäufer in eigenem Namen sich dargäbe.

Im Verhältniß des Kommissionärs zu dem Kommittenten (also in obigem Beispiel des B zu dem A) gelten dagegen im Allgemeinen die Grundsätze des Mandats (s. § 423 letzter Absatz) und zum Theil (wie in obigem Beispiel hinsichtlich der von B für A eingekauften Baumwolle) auch diejenigen des Depositums (§ 378 ff). Die Kommissionsgeschäfte können übrigens verschiedener Art sein; meist beziehen sie sich auf den Einkauf und Verkauf von Waaren.

Als Versender von Waaren ist der Kommissionär wie der Spediteur zu behandeln.

Mäkler sind nicht als Kommissionäre anzusehen, da sie nicht in eigenem Namen Geschäfte abschließen.

[2]) Wenn also (in dem Beispiele von Note 1) der Kommissionär B in New-Orleans in Konkurs geriethe, so könnte sein Kommittent A (sofern obiger Grundsatz in Amerika anerkannt würde): a) die Baumwolle, die B nachweisbar für seine (des A) Rechnung gekauft und noch nicht versendet hätte, als sein Eigenthum ansprechen

und eben so: b) die Ueberlassung der noch ausstehenden Forderungen des B, nachweisbar herrührend von verkauften Baumwolltüchern des A, verlangen. Der neueste „Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches" (§§ 312 und 313) so wie das zürch. Ges (§ 1620) ertheilen dem Kommittenten nicht das Eigenthum an den für ihn (meist aus dem Verkauf seiner Waaren) erworbenen Forderungen, sondern nur an den für ihn erworbenen Waaren, was zur Folge hat, daß im Falle der Kommissionär in Konkurs geräth, jene Forderungen mit in dessen Masse fallen, während sie sonst der Kommittent vindiziren könnte. Eine solche Unterscheidung zwischen Waaren und Forderungen ist aber nicht genügend gerechtfertigt, da ja der Kommissionär beide nur für den Kommittenten erwerben will. S Endemann Mittheilungen und Bemerkungen über den Entwurf zu einem D. H. G. pag. 135 und 136. Dagegen versteht es sich von selbst, daß der Kommittent aus der von dem Kommissionär für ihn erworbenen Forderung nicht anders gegen Dritte klagen kann, als wenn er sich dieselbe abtreten läßt. Hiemit lassen sich wohl auch in Einklang bringen die scheinbar abweichenden Ansichten von Mitterm. d. P. R. § 551 und Brinckmann Lehrb. des H. R. § 107. Mit andern Worten läßt sich das Verhältniß kurz so darstellen, daß Dritten gegenüber der Kommissionär als Eigenthümer der Waaren und Forderungen, in seinem Verhältniß zu dem Kommittenten aber letzterer als deren Eigenthümer erscheint. Das Geld, was der Kommissionär für den Kommittenten einzieht, geht aber, als eine fungible Sache, in sein (des Kommissionärs) Eigenthum über.

Uebrigens hat der Kommissionär an diesen Waaren und Forderungen (zufolge § 307) ein gesetzliches Faustpfandrecht gegenüber dem Kommittenten „für alle aus der Kommission herrührenden Forderungen" (Auslagen, Provision, Lagergebühren u. s. w.).

³) Wenn also der Kommittent A in die Forderung des Kommissionärs B gegen D eintritt, so muß A sich z. B. die dem letzteren gegen B zugestandene Kompensationseinrede auch gefallen lassen.

⁴) S. Brinckmann § 108 und zürch. Ges. § 1639. (Nach letzterem können die Waaren, und zwar mit gerichtlicher Autorisation, nur versteigert werden.)

⁵) Wenn z. B. der Kommissionär B in New-York, der die Spitzen des Fabrikanten A in St. Gallen verkaufen soll, eine Parthie dieser Waare im Werth von Fr. 2000 dem notorisch unsoliden Detailhändler C dortselbst kreditirt und dieser wird, bevor er die Fr. 2000 zahlte, insolvent, so hat der Kommissionär B und nicht der Kommittent A den daherigen Verlust zu tragen. Vgl. Brinckmann § 111 und zürch. Ges. §§ 1636 1637. Fand die Kreditirung unter Umständen statt, unter welchen auch ein vorsichtiger Kaufmann kreditirt haben würde, so steht der Kommissionär für daherige Verluste nicht ein, es wäre denn, daß er mittelst des Delcredere-Vertrages Bürg- und Zahlerschaft für den richtigen Eingang übernommen hätte.

⁶) Diese besteht bei der Einkaufs- und Verkaufskommission gewöhnlich in Prozenten der Kaufs- und Verkaufssumme.

Anmerk. Da der Kommissionär, als Mandatar, möglichst das Interesse des Kommittenten zu vertreten hat (§ 385 1ster Absatz), so versteht es sich, daß derselbe für letzteren möglichst billig zu kaufen und möglichst vortheilhaft zu verkaufen, die Waaren, wenn es nöthig ist, zu versichern, sie sorgfältig zu verwahren und bei der Versendung zu verpacken, die Einzüge möglichst zu betreiben und dem Kommittenten alle Umstände, welche auf dessen Verfügungen von Einfluß sein können, beförderlichst mitzutheilen hat. Bei der Einkaufs- und Verkaufskommission bildet in der Regel das sog. „Limito" d. h. die Bezeichnung des geringsten Preises, um welchen verkauft und des höchsten Preises, um welchen gekauft werden dürfe, einen Hauptbestandtheil der von dem Kommittenten an den Kommissionär ertheilten Instruktion (Vollmacht). Ueberschreitet dieser das Limito, so wird er als Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt (§ 391).

d. Frachtvertrag. [1])

[1]) Derselbe wird gewöhnlich durch einen von dem Versender ausgestellten und dem Frachtführer übergebenen Frachtbrief abgeschlossen, worin zunächst der Versender nebst dem Ort der Ausstellung, der Frachtführer, der Adressat nebst dem Bestimmungsort und endlich das zum Transport übergebene Gut nebst dem Frachtlohn bezeichnet sind. Unerläßlich ist aber diese Form des Vertragsabschlusses nicht.

Der Frachtvertrag ist übrigens von demjenigen Vertrag, womit ein Fuhrmann seine Dienste und sein Geschirr verdingt, zu unterscheiden, indem durch letzteren ab Seite des Fuhrmanns noch keine selbständige Verpflichtung, die Waare innert einer bestimmten Zeit an einen bestimmten Ort zu bringen, übernommen wird.

§ 433.

Besondere Bestimmungen.

Der Frachtführer ist pflichtig, die zum Transport übernommene Waare innert der bedungenen oder hiezu gemeinhin erforderlichen Zeit unversehrt demjenigen, für den sie bestimmt ist (dem Adressaten, Destinatär) zuzuführen und zu übergeben.

Der Frachtführer haftet auch (§ 338) für den durch seine Beauftragten (Zwischenfrachtführer, Lageraufseher, Auflader u. s. w.) so wie für den durch sein und seiner Beauftragten Fuhrwerk bis zur Ablieferung an der Waare veranlaßten Schaden oder Verlust. [1]) Dagegen hat der Versender mit Bezug auf Waaren, die einer besondern Sorgfalt bedürfen, sofern dieselben dem Frachtführer unbekannt waren, die Folgen einer unterlassenen oder falschen Bezeichnung selbst zu tragen. [2]) Vorbehalten bleiben hinsichtlich der Haftbarkeit des Frachtführers besondere Vertragsbedingungen.

Das dem Frachtführer (laut § 307) zustehende Faustpfandrecht erstreckt sich auch auf die Spesen (Provision, Fracht- und Lagergebühren u. s. w.), die er seinem Vormann (Speditor oder Frachtführer) vergutete. [3])

Wenn der Frachtführer, ohne für seine Forderung gedeckt zu sein, die Waaren dem Adressaten übergibt, so verliert er dadurch den Rückgriff auf den Versender, beziehungsweise auf seine Vormänner. [4])

Der Adressat hat (erwiesene Arglist des Frachtführers vorbehalten), nachdem er die Waare in Empfang genommen, wegen eines an ihr entdeckten Schadens blos unter der doppelten Voraussetzung eine Ersatzforderung gegen den Frachtführer, daß

a. der fragliche Schaden nicht schon bei dem Empfang der Waare äußerlich wahrnehmbar war; [5]) und
b. spätestens innert vierundzwanzig Stunden nach deren Empfang der fragliche Schaden amtlich konstatirt wurde. [6])

[1]) Der Frachtführer haftet somit für allen Schaden, welcher an der Waare bis zu dem Orte, bis zu welchem er ihren Transport übernahm, sei es durch ihn sei es durch den etwaigen Zwischenfrachtführer, dem er einen Theil des Transportes überließ, sei es ferner durch seine oder des letzteren Fuhrknechte und Auflader oder Zugthiere, sei es endlich durch den Lageraufseher, dem er oder sein Zwischenfrachtführer die Waare anvertraute, verschuldet wurde. (Es folgt dies schon aus § 338, vorletzter Absatz.)

Was den Grad der Verantwortlichkeit betrifft, so haftet der Frachtführer nach allgemeinen Grundsätzen, d. h. wie jeder durch entgeltlichen Vertrag Verpflichtete, für leichte Fahrläßigkeit, wird aber auch durch jeden von ihm erweisbaren reinen Zufall seiner Verantwortlichkeit enthoben (s. § 339 letzter Absatz). Der „Entwurf zu einem deutschen H. Ges." § 310 entbindet dagegen den Frachtführer nur im Falle einer von ihm nachgewiesenen höheren Gewalt. Ihm folgt auch das zürch. Ges. § 1653. Es läßt sich aber diese Ausnahmsstellung des Frachtführers (und Spediteurs) rechtlich gar nicht begründen, da die Uebernahme einer Assecuranz (und hier läge theilweise eine solche vor) nur Gegenstand eines freiwilligen Uebereinkommens sein kann. Auch dürfte die Entscheidung, ob in einem gegebenen Falle „höhere Gewalt" oder nur „Zufall" anzunehmen sei, nicht immer leicht sein. Die Unbilligkeit, die in dieser exceptionellen Behandlung der Frachtführer fühlbar wird, nöthigt hinwieder das zürch. Ges. (§ 1670) selbst, zu Gunsten der nicht berufsmäßigen Frachtführer eine Ausnahme zu machen. Welche Grenzlinie scheidet aber die „berufsmäßigen" von den „nicht berufsmäßigen" Frachtführern? Vgl. übrigens: Endemann a. a. O. pag. 149—151, *Code Nap.* § 1784 und preuß. L. R. II. 8 § 2458. Daß der Frachtführer nicht zu haften hat, wenn das Verderbniß der Waare Folge ihrer eigenen Beschaffenheit oder schlechten Verpackung ist, versteht sich von selbst, weil beide für den Frachtführer unverschuldeter Zufall sind.

²) Der Frachtführer ist z. B. nicht verpflichtet, jedes Frachtstück so zu behandeln, als ob in demselben Glas enthalten wäre, daher der Versender ihm das Glas als Inhalt eines Frachtstückes bezeichnen muß, wenn er auf dessen außerordentliche Behandlung Anspruch machen will. Auch wird der Frachtführer in keinem Fall über den deklarirten Werth der ihm übergebenen Waare hinaus haften. Denn je werthvoller eine Sache ist, desto mehr Sorgfalt wird der Frachtführer auf deren unversehrte Erhaltung verwenden. Wenn daher der Werth eines Frachtstückes ihm nur zu Fr. 100 angegeben ist, während er Fr. 1000 beträgt, so wäre es unbillig, ihn, wenn es verloren geht, für letzteren Betrag verantwortlich machen zu wollen. Dasselbe wäre z. B der Fall, wenn ein Seidenkollo ihm als Baumwollwaare enthaltend bezeichnet würde.

³) Wenn der Spediteur seine Speditionsgebühr u. s. w. auf der Waare nachnimmt und sich dieselbe von dem Frachtführer verguten läßt, so erhält dadurch der letztere an der Waare ein Faustpfandrecht auch für die dem Spediteur geleistete Entschädigung.

⁴) Durch das Aushändigen der Waare beraubt er seine Vormänner ihrer Sicherheit und gibt dadurch zu erkennen, daß er an den Empfänger sich halten wolle. S. Mittermaier deutsches P. R. § 540 und zürch. Ges. § 1664.

⁵) Wenn der Empfänger, ungeachtet die Waare schon äußerlich Merkmale von Schädigung an sich trägt, sie ohne Vorbehalt an Hand nimmt und den Frachtführer bezahlt, so darf dies als eine „stillschweigende Genehmigung" der Leistung des Frachtführers angesehen werden (s. § 350).

⁶) Wenn der Schaden erst nach Empfang der Waare durch eine innerliche Untersuchung des Frachtstückes zu Tage tritt (z. B. wenn bei Oeffnung einer äußerlich unversehrten Porzellankiste sich zeigt, daß das Porzellan in Stücke ging), so wird der Empfänger zwar ein Klagrecht noch haben, jedoch nur insofern er den Schaden innert 24 Stunden amtlich konstatiren läßt, weil sonst einestheils neuerdings auf stillschweigende Genehmigung geschlossen werden kann und anderntheils der Frachtführer nur dann, wenn der Schaden sofort ermittelt wird, die Gewähr hat, daß derselbe nicht etwa durch später eingetretene Ursachen bewirkt wurde. Die erste Kommission hatte, in Uebereinstimmung mit Handelsübungen und mehreren neueren Gesetzen für solchen Fall eine dreitägige Frist beantragt. Vgl. Mittermaier d. P. R. § 540. *Code de commerce* § 105, Entwurf des deutschen Handelsges. V. § 46 und zürch. Ges. §§ 1662 und 1663.

e. Spedition.

§ 434.

Besondere Bestimmungen.

Der Spediteur[1]) ist pflichtig, die zur Spedition übernommene Waare innert der bedungenen oder nach den Umständen billig zu bemessenden Zeit[2]) an denjenigen, an den sie bestimmt ist (Adressat, Destinatär) zu versenden und demselben unversehrt zuzustellen.

Der Spediteur hat für die äußere Erhaltung der Verpackung und gehörige Aufbewahrung der Waare zu sorgen und haftet mit Rücksicht auf den Transport wie der Frachtführer (§ 433).

Wenn er an Waaren, die er von einem andern Spediteur oder von einem, nicht von ihm bestellten Frachtführer erhält, einen Schaden wahrnimmt, so hat er, nachdem er ihren Zustand amtlich konstatiren ließ, die zu Sicherung der Ersatzforderung des Eigenthümers erforderlichen provisorischen Maßregeln zu treffen, beziehungsweise zu erwirken.[3])

Wenn er die äußerlich wahrnehmbare Schadhaftigkeit von Waaren, die er empfing, nicht amtlich konstatiren ließ, so wird vermuthet, er habe sie in äußerlich unversehrtem Zustande erhalten.[4])

[1]) Derselbe unterscheidet sich dadurch von dem Frachtführer, daß er gegenüber dem Eigenthümer der Waare nicht nur, wie der Frachtführer für den Transport, sondern auch für die Versendung, Verpackung und Aufbewahrung derselben einsteht. Es versteht sich, daß er für den durch den Frachtführer, dem er die Waare übergab, verschuldeten Schaden den Rückgriff auf denselben hat. Was den Grad seiner Verantwortlichkeit in allen diesen Richtungen betrifft, so hat er selbstverständlich für geringe Fahrläßigkeit, und zwar auch hinsichtlich seiner Angestellten und Beauftragten, nicht aber für Zufall und höhere Gewalt einzustehen und es gilt in dieser Beziehung für ihn das mit Bezug auf den Frachtführer (§ 433 Note 1) Bemerkte. Die Grundsätze über den Speditionsvertrag gelten übrigens auch für den Kommissionär so weit dieser die Funktionen des Spediteurs übernimmt.

[2]) Wurde die Zeit, innert welcher die Versendung und Uebergabe der Waare an den Addressaten zu erfolgen hat, nicht bedungen, so wird das billige Ermessen, mit Rücksichtnahme auf Umstände und Uebung, eintreten müssen.
Weicht der Spediteur bei der Versendung von der ihm vorgeschriebenen Route ab, so haftet er als „Geschäftsführer ohne Auftrag" (§ 391).

[3]) Z. B. der Spediteur A in Chur erhält durch den Fuhrmann B von dem Spediteur C in Mailand ein für den Fabrikanten D in Zürich bestimmtes Seiden-Collo, das äußerlich Spuren zeigt, daß es geöffnet wurde, oder an dessen Gewicht 20 Pfd. fehlen. Alsdann hat A, wenn er nicht eigener Verantwortlichkeit sich aussetzen will, theils den Zustand des erwähnten Frachtstückes amtlich konstatiren und zu diesem Zweck, am besten durch das Kreisamt, den amtlichen Befund zu Protokoll bringen zu lassen, theils auch die sonstigen im Interesse seines Kommittenten C, beziehungsweise des Eigenthümers jenes Frachtstückes (der je nach Umständen der Versender oder der Adressat sein kann) liegenden, nach Umständen möglichen provisorischen Maßregeln zu treffen, z. B. den Fuhrmann zu einer Kaution anzuhalten. Die Schadensklage selbst steht übrigens nicht ihm, sondern dem Beschädigten zu. Vgl. zürch. Ges. § 1644 und Entwurf d. deutschen H. G. § 328.

[4]) Wenn also, im Beispiel von Note 3, der Spediteur A in Chur das Seiden-Collo, trotz des wahrnehmbaren Schadens oder des mangelnden Gewichtes, ohne den Schaden amtlich konstatiren zu lassen, an D in Zürich spedirt, so wird vermuthet, das Frachtstück sei erst auf dem Weg von Chur nach Zürich beschädigt worden und habe daher er und nicht der Spediteur C in Mailand gegenüber dem Eigenthümer zu haften. Ueber die Haftpflicht der Speditoren entscheiden übrigens selbstverständlich zunächst die Vertragsbedingungen. Namentlich pflegen bekanntlich Posten und Eisenbahnverwaltungen für ihre Frachten eine blos beschränkte Verantwortlichkeit zu übernehmen.

Anmerk. Detaillirtere Gesetze (wie das österreichische, preuß. und zürcher) behandeln auch noch besonders den Verlagsvertrag. Derselbe wurde hier übergangen, da er in unserm Kanton eben nicht häufig in Anwendung kommt. Uebrigens ist der Verlagsvertrag als solcher nur in sofern zu den Lohnarbeitsverträgen zu zählen, als der Verleger dem Verfasser oder Herausgeber ein Honorar verspricht, was aber nur ein zufälliger Bestandtheil des Verlagsvertrages ist.

Eher als der Verlagsvertrag hätte nach dem Vorgange des soloth. Ges. der Lehrvertrag hier eine besondere Behandlung verdient. Doch wurde auch dieser weggelassen, da derselbe nach den allgemeinen Grundsätzen des Lohnarbeitsvertrages und zum Theil auch nach Analogie des Lohndienstvertrages leicht zu beurtheilen sein wird.

F. Verzinsliches Darlehen.

§ 435.

Allgemeine Bestimmungen.

Wenn der Borger (§ 392) dem Darlehner einen Zins für die Benutzung der ihm geliehenen vertretbaren Sache verspricht [1]), so ist das Darlehen ein verzinsliches Darlehen.

Im Allgemeinen gelten für das verzinsliche Darlehen dieselben Grundsätze, wie für das unverzinsliche (§§ 392 und 394).

[1]) Das Entgelt braucht nicht nothwendig in Geld zu bestehen; dasselbe befaßt Alles, was für die stattgefundene Benutzung mehr zurückgegeben wird als man erhalten hatte. Die Vermuthung spricht aber für den Geldzins.

Anmerk. Nach dem Obervazer L. B. konnte der Schuldner, wenn er erklärte, kein Geld zum Zinsen aufzutreiben, statutenmäßige Sachen („nach Landessatzung") an Zins geben. Vgl. Anmerk. zu § 334.

§ 436.

Zinsberechnung.

Wurde zwar für ein Gelddarlehen ein Zins bedungen, derselbe aber nicht genauer bestimmt, so ist der übliche Zinsfuß zu vermuthen. [1])

Im Zweifel sind die Zinsen für Gelddarlehen jahrweise [2]) und, wenn das Darlehen vor Ablauf des Jahres fällig wird, [3]) nach Verhältniß (pro rata) der Zeit zu berechnen und zu entrichten.

Für rückständige Zinsen können nicht wieder Zinsen (Zinseszins) berechnet werden, [4]) es wäre denn, daß mittelst einer neuen Schuldverschreibung die rückständigen Zinsen zu dem Kapital geschlagen

würden.[5]) Vorbehalten sind hiebei nachgewiesene abweichende Uebung im Handelsverkehr zwischen Kaufleuten und abweichende, von der Staatsregierung genehmigte Statuten öffentlicher Anstalten.[6])

[1]) Vgl. zürch. Ges. § 1118. Es versteht sich hiebei, daß die zur Zeit des Vertragsabschlusses landesüblichen Zinse anzunehmen sind. Andere Gesetze, wie das österreich. (§ 994) und das soloth. (§ 1012), nehmen in diesem Falle den gesetzlichen Zins (d. h. 5% beziehungsweise 6%) an, das berner Gesetz setzt ihn auf 4%. Da jedoch der Zinsfuß möglicher Weise sehr variiren kann, so dürfte einiger Spielraum vorzuziehen sein. Nicht zu verwechseln hiemit sind die Verzugszinsen, welche laut § 340 immer 4% betragen.

[2]) Vgl. österr. Ges. § 997. Der Zins wird seiner Natur nach erst nach Benutzung des Darlehens, im Zweifel je am Ende eines Jahres fällig. Es kann aber auch z. B. monatliche oder halbjährige Zinszahlung bedungen werden.

[3]) Z. B. im Konkurse des Schuldners.

[4]) Es gehört dies zu den „bindenden Vorschriften" (§ 2 Ziff. 2), daher entgegenstehende Stipulationen keine Rechtskraft erlangen. Die Berechnung von Zinseszinsen war schon im röm. R. (als sog. Anatocismus) zum Schutze des Schuldners untersagt und wird auch dermalen bei uns als unzuläßig angesehen, so gerechtfertigt auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Berechnung von Verzugszinsen für rückständige Zinse, die Mahnung des Gläubigers vorausgesetzt, wäre. Das zürch. Ges. § 1115 verbietet blos die „vorherige Uebereinkunft, daß die Zinse zum Kapital geschlagen werden." Wenn man aber den Schuldner mit Erfolg schützen will, so ist diese Bestimmung ungenügend, indem nicht die vorausgehende Abrede, sondern die nachträgliche Zinseszinsberechnung die gefährlichere ist. Gerechtfertigter wäre somit das Umgekehrte: vorausgehende Stipulationen, nicht aber nachträgliche Berechnungen von Zinseszinsen zuzulassen, weil durch erstere der Schuldner mit klarstem Bewußtsein die diesfällige Verpflichtung eingeht.

[5]) Wenn durch eine neue Schuldverschreibung der Zins zu dem Kapital geschlagen wird, so verliert dadurch der erstere den Charakter eines Zinses, z. B. wenn A dem B Fr. 1000 à 5% schuldet und, nachdem er mit der Zinszahlung drei Jahre in Rückstand geblieben, dem B eine neue Obligation für Fr. 1150 ausstellt. Das österr. Ges. § 998 und das preuß. L. R. I. 11. §§ 818 und 819 gestatten dieses blos für zweijährige oder ältere Zinsrückstände.

[6]) In dem Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten herrscht vielfach die Uebung, in dem sog. „Saldoübertrag" Kapital- und Zinsschuld zusammenzufassen und, gleichsam als neues zinstragendes Kapital auf neue Rechnung zu bringen. Dieser Uebung soll, so weit sie nachgewiesen wird, Rechnung getragen werden; sie hat ohne Zweifel ihren Grund in der erhöhten Anforderung, die man an die Pünktlichkeit der Kaufleute stellen darf. Nicht minder gerechtfertigt ist der Vorbehalt zu Gunsten öffentlicher Institute (Banken, Rentenanstalten u. s. w.), denen die Zinseszinsberechnung oft unerläßliche Bedingung zum Gedeihen ist. Nur wird vorausgesetzt, daß ihre einschlagenden Statuten die staatliche Genehmigung erhielten.

Anmerk. 1. Das röm. Recht enthielt noch zwei Beschränkungen hinsichtlich der Zinsberechnung, nämlich: 1) das Verbot, ein gewisses Zinsmaximum (gemeinhin 6%) zu übersteigen und 2) dasjenige, aufgelaufene Zinsen über den Betrag des Kapitals hinaus (ultra alterum tantum) zu fordern. Das römische Zinsmaximum wurde durch die deutschen Reichsgesetze (ursprünglich freilich nur mit Rücksicht auf den Rentenkauf, indem für gewöhnliche Darlehen, außer den Juden und mit Vorbehalt von Verzugszinsen, nach kanonischen Rechtsgrundsätzen jede Zinsberechnung als „Wucher" untersagt war) und die ihnen durch die Praxis gegebene Auslegung auf 5% herabgesetzt, welches als allgemeiner gesetzlicher Zins auch in neuere Gesetzgebungen übergegangen ist, so jedoch, daß den Kaufleuten (nach österr. Gesetze auch im Falle das Darlehen ohne Unterpfand ist) auch die Berechnung von 6% gestattet sein soll. Endlich haben die meisten neueren Gesetze (das österreich., preuß., zürcher

und andere schweizerische) 3) eine weitere Beschränkung in dem Sinne beigefügt, daß der Zins nicht zum Voraus vom Kapital abgezogen werden dürfe (das zürch. Ges. fügt ferner bei, daß kein größeres Kapital verschrieben als wirklich gegeben wer den dürfe). Das berner und soloth. Ges. erklären kurzweg Alles, was der Gläubiger mehr, als der gesetzliche Zins beträgt, ausbedingt oder annimmt, als verbotenen Ueberzins.

Diese Bestimmungen, die lediglich den Zweck haben, den Schuldner gegen Wucher zu schützen, müssen aber als unhaltbar und illusorisch und mitunter sogar geradezu als ungerecht und widersinnig erklärt werden. Im Lichte der heutigen Volkswirthschaft verschwindet überhaupt der mittelalterliche Begriff von Wucher. Auch hat derselbe seit der Zeit als er alles das umfaßte, „so ein man mehr einnimpt dann er ausgeliehen hat“ (vorausgesetzt, daß er sich solches zum Voraus bedungen hatte), so viele Wandlungen erlebt, daß er schwer mehr zu definiren wäre. Die Begriffe von Wucher sind übrigens in unsern Standesbehörden (bei Anlaß der Berathung zweier Polizeigesetzesentwürfe) in den Jahren 1854 und 1858 (s. namentlich Großrathsprotokoll von 1854 pag. 178) so gründlich verurtheilt worden, daß man sich hier füglich der Mühe überheben mag, die Weglassung aller dahin einschlagenden Inhibitionen aus diesem Gesetze weiter zu rechtfertigen.

Anmerk. 2. Daß man es übrigens auch im Mittelalter, und zwar selbst unter Mitwirkung von hoher geistlicher Stelle, verstand, die Wuchergesetze zu umgehen, beweist z. B. die Schuldurkunde von Bischof Ulrich V. an die Familie Planta vom 1. Dez. 1341, worin ersterer der letzteren für ein Darlehen von 200 Mark nicht nur die Veste Castelmur als Pfand verschreibt, sondern überdies einen Jahreszins von 20 Mark, somit 10% zusichert, und zwar mit der Verpflichtung, „die übernütz die sie von den 200 marken . . . in nemmend nümer anzusprechen noch als wucher wider ze fordren an kein gericht.“ (Mohr Cod. II. Nr. 274.)

Unsere Statuten enthielten verschiedenartige Zinsbeschränkungen. Als Zinsmaximum bestimmten die meisten 5% (V Dörfer, Oberengadin, Bergün) oder 3 kr. vom Gulden (Obtasna, Oberhalbstein, Obervaz) oder 4 kr. vom Gulden (Münsterthal) oder 1 Batzen vom Gulden (Remüs, Fürstenau). Dagegen wurden oft für verspätete Zinszahlungen erhöhte Zinsen zugelassen; so im Oberengandin 7%, in Obtasna 4 kr. vom Gulden, in Obervaz 1 Batzen per Gulden. Wenn die Zinszahlung, statt in Geld, in Getreide oder anderen (namentlich aufgeführten) Landesprodukten erfolgte, gestattete das Münsterthaler St. einen Zins von 5 kr. vom Gulden; V Dörfer bestimmte negativ: es solle „Keiner mehr als fl. 6 auf fl. 100 Aufbuoß geben.“ In Remüs und Münsterthal durfte der Zins zum Kapital geschlagen werden, wenn er 5 Jahre ausstand. Im Uebrigen wurde die Berechnung von Zinseszinsen durch Verordnung gemeiner drei Bünde von 1633 verboten, „es wäre denn sach, das der Schuldner zu verhüetung seines eigenen Schadens, so ihme durch das Gandtliche einziehen zu stehen möchte, den Creditoren selbst erbetten thäte, das er ihme den Zins zum Kapital wollte schlagen lassen“. Mitunter war auch die Zinszahlung in Naturprodukten (ohne Zweifel weil dies am ehesten eine wucherische Ausbeutung des Schuldners ermöglichte) beschränkt. So in Fürstenau und Ortenst. („Item, umb Korn- Schmalz- Wein- und Mostzins soll gar kein Brieff gesiegelt werden“), in V Dörfer (welche Wein und Schmalz als Zins zu stipuliren verbieten.) Auch erklärten die Oberengad. St. als Wucher jede Veräußerung zu einem höheren als dem von der Gerichtsobrigkeit bestimmten Schatzungswerthe. Wohl hauptsächlich um die Zinsbedingungen zu kontrolliren schrieben einige Statuten vor, daß zinsbare Kapitalbriefe, um gültig zu sein, sei es obrigkeitlich zu siegeln (Fürstenau) sei es vom Landschreiber zu verschreiben sein. Eine eigenthümliche Bestimmung war diejenige von Obtasna, daß jede verzinsliche Schuld, trotz abweichender Abrede, nachdem sie zweimal verzinst worden, gekündet werden dürfe.

G. Gesellschaftsvertrag.

1. Im Allgemeinen.

§ 437.

Allgemeine Bestimmungen.

Wenn zwei oder mehrere Personen sich in der Art mit einander vereinigen, daß jede gegenüber der anderen [1]) sich für einen gemeinschaftlich zu erreichenden Zweck [2]) zu einem Beitrag an Kapital [3]) (Geld oder in Geldwerth veranschlagbaren Sachen) oder an beiden zugleich verpflichtet, so kommt dadurch ein Gesellschaftsvertrag zu Stande. [4])

Die von den Gesellschaftern an die Gesellschaft geleisteten Kapitalbeiträge und das mittelst der letzteren für die Gesellschaft Erworbene bilden das Vermögen der Gesellschaft. [5])

Das Gesellschaftsvermögen ist im Verhältniß zu Dritten als Gesammteigenthum, im Verhältniß der Gesellschafter zu einander, jedoch im Zweifel nur derjenigen, welche Kapitalbeiträge leisteten, als Miteigenthum zu behandeln. [6])

Ueber das Verhältniß der Gesellschafter zu einander entscheidet zunächst der Gesellschaftsvertrag. [7])

[1]) Die Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschafter gegen einander ist gegenseitig: ein jeder ist gegenüber allen andern sowohl berechtigt als verpflichtet.

[2]) Gewöhnlich haben Gesellschaften einen Erwerbszweck; es lassen sich aber auch Gesellschaften denken (und bestehen in der That solcher viele), die einen gemeinnützigen Zweck verfolgen, der Art, daß ihnen blos Auslagen und Opfer, aber keinerlei Gewinn in Aussicht stehen.

[3]) Es ist dieser Ausdruck in volkswirthschaftlicher Bedeutung gebraucht, wonach „Kapital" nicht blos Geld, sondern alle zur Produktion dienenden und als solche in Geld veranschlagbaren Sachen im Gegensatz zur Arbeitskraft bedeutet. (*Code Nap.* § 1833 sagt: „Geld oder andere Güter"; Martens Handelsrecht § 21 „Geld oder Geldeswerth".) Es kann übrigens von den Gesellschaftern auch nur der Gebrauch von Sachen der Gesellschaft überlassen werden.

[4]) Z. B. der Kapitalist A, der Fuhrhalter B und der junge Techniker C vereinigen sich zu Betreibung eines Schieferbruches in der Weise, daß A ein Kapital von Fr. 10,000 einschießt, B seine Fuhrwerke zur Verfügung stellt und C seine Arbeitskraft als Direktor dem Geschäft widmet. Hiedurch ist ein Gesellschaftsvertrag zu Stande gekommen.

[5]) Die von den Gesellschaftern geleisteten Kapitaleinschüsse werden von der Gesellschaft größtentheils umgesetzt und verwandeln sich dadurch in Fahrnisse, Liegenschaften, eingegangene Baarschaften, Forderungen u. s. w., wovon freilich ein Theil nicht nur die Kapitaleinschüsse, sondern auch die Arbeitskraft repräsentiren wird. Wenn A, B und C sich mit einander zu Errichtung eines Konditoreigeschäftes in der Weise verbinden, daß jeder Fr. 6000 an Geld beizutragen sich verpflichtet, so bilden die sammethaft eingeschossenen Fr. 18,000 das Vermögen der Gesellschaft. Werden sodann mittelst dieser Summen die zu Betreibung des Geschäftes erforderlichen Geräthschaften und Vorräthe an Zucker, Mehl, Butter, Gewürzen, Liqueuren u. s. w. angeschafft, so treten diese Anschaffungen an die Stelle jenes Geldkapitals und bilden fortan das Vermögen der Gesellschaft. Wenn

das Geschäft in der Folge Waaren verkauft und kreditirt, so bilden auch die daherigen Forderungen einen Bestandtheil dieses Vermögens u. s. w.

[6]) Wenn also das von A, B und C gegründete Konditoreigeschäft dem D Waaren kreditirt, so erscheint zunächst das Geschäft als solches (als einheitliche Person mit einheitlichem Vermögen) als Inhaber des Guthabens und nicht die einzelnen Gesellschafter A, B und C; ebenso wird, wenn die Gesellschaft Schulden macht, zunächst das Gesellschafts- oder Geschäftsvermögen, und nicht die einzelnen Gesellschafter zu deren Bezahlung in Anspruch genommen — woraus erhellt, daß nach Außen, Dritten gegenüber, die einzelnen Gesellschafter, beziehungsweise ihre Geschäftsantheile, völlig in den Hintergrund treten. Nach Innen dagegen, im Verhältniß der Gesellschafter zu einander, erscheinen dieselben als Miteigenthümer des Geschäftsvermögens, an welchem ein jeder, nach Maßgabe seiner Betheiligung, ein ideelles Miteigenthum besitzt. Die Gesellschaft hat nämlich zwei, wohl von einander zu unterscheidende Seiten, eine äußere und eine innere. In ersterer Beziehung erscheint sie, wenigstens vermögensrechtlich, als juristische Person, so daß ihr Vermögen den Charakter eines Genossenschafts- (oder auch Korporations-) Gutes annimmt, indem es nahezu „wie das einfache Eigenthum einer physischen Person zu behandeln ist“ (vgl. § 214). Nach Innen dagegen stellt die Gesellschaft (mit Vorbehalt der Aktiengesellschaft) ein freies Vertragsverhältniß dar, welches den Betheiligten eine bei Weitem selbständigere Stellung als die Korporation gestattet, und ist insbesondere ihr Vermögen als Miteigenthum der Gesellschaftsglieder zu beurtheilen, woraus namentlich ihr persönlicher Anspruch auf den entsprechenden Gewinnsantheil und, im Fall ihres Rücktrittes oder der Auflösung der Gesellschaft, auf Ausscheidung ihres ideellen Vermögensantheils abzuleiten ist. Daß das Gesellschaftsvermögen als Miteigenthum zu behandeln sei, erkannten auch die Römer, daher sie den ausscheidenden Theilhabern die Theilungsklage (actio communi dividundo) verliehen. Von der Organisation einer Gesellschaft wird freilich viel abhängen, ob sie, nach Außen, den Begriff einer juristischen Person vollkommen deckt oder nicht. So lange z. B. eine Gesellschaft kein einheitliches Organ hat, vielmehr jeder Gesellschafter sie selbständig vertritt, stellt sie nur sehr unvollkommen eine juristische Person dar, während sie im umgekehrten Falle, also namentlich bei den offenen Gesellschaften mit Firma, und den Aktiengesellschaften, nach Außen vollkommen den Requisiten einer juristischen Person genügt. — Ob derjenige Gesellschafter, der kein Geld, sondern nur seine Arbeitskraft beitrug, als Mittheilhaber am Gesellschaftsvermögen anzusehen sei, hängt von den Vertragsbestimmungen ab. Im Zweifel wird angenommen, er sei nur Theilhaber am Gewinn.

[7]) Dieser, beziehungsweise die Gesellschaftsstatuten, regeln das Rechtsverhältniß zwischen den Gesellschaftern, daher sind die nachfolgenden Bestimmungen, soweit sie das Rechtsverhältniß zwischen den Gesellschaftern beschlagen, nur als subsidiär d. h. nur als soweit gültig anzusehen als der Gesellschaftsvertrag nicht anders vorsieht.

Anmerk. 1. Das röm. R. und neuere Gesetze erwähnen auch sog. „universelle“, sei es nur das gesammte gegenwärtige sei es auch das gesammte zukünftige oder wohl auch blos den Gewinn aus dem gesammten Vermögen beschlagende Gesellschaftsverträge. Dieselben kommen anderswo, besonders unter Ehegatten, wohl auch unter Geschwistern vor. Bei uns treten sie wohl nur in der (im 1ten Theil schon behandelten) Errungenschaftsgemeinschaft der Eheleute auf, daher sie eine weitere Ausführung in diesem Gesetze nicht verdienen. Die Gemeinschaft, in welcher bei uns Geschwister nach dem Tode ihrer Eltern oft Jahre lang, mitunter sogar Zeitlebens, ohne zur Theilung zu schreiten, stehen, dürfte richtiger aus dem Gesichtspunkte des Miteigenthums beurtheilt werden.

Anmerk. 2. Mehrere neuere Gesetze verlangen zur gültigen Eingehung wichtigerer Gesellschaftsverträge die schriftliche Form. So der *Code Nap.* § 1834, „wenn ihr Gegenstand den Werth von Fr. 150 übersteigt“; das berner Ges. § 873 für Erwerbsgesellschaftsverträge, deren Fond Fr. 5000 erreicht; das zürch. Ges. § 1238 für universelle oder die gemeinsame Betreibung eines Berufes bezweckende Gesellschaftsverträge.

Anmerk. 3. Hinsichtlich der Uebergabe von Sachen ab Seiten eines Gesellschafters oder eines Dritten in Besitz und Eigenthum der Gesellschaft gelten die allgemeinen Grundsätze. Es müssen daher z. B. Liegenschaften, um gültig in das Eigenthum der Gesellschaft überzugehen, auf ihre Firma, wenn sie eine solche hat, sonst aber auf sämmtliche Gesellschafter, als Miteigenthümer, im Kaufprotokoll übertragen werden.

§ 438.

Pflichten der Gesellschafter

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, auf die festgesetzte Zeit [1]) den versprochenen Beitrag, der im Zweifel für alle gleich anzunehmen ist, [2]) zu leisten.

Jeder Gesellschafter hat, so weit es seine Stellung mit sich bringt, die Interessen der Gesellschaft nach Vermögen zu wahren und zu fördern, [3]) und darf namentlich keine dieselben beeinträchtigenden Geschäfte betreiben. [4])

Jeder Gesellschafter, der für die Gesellschaft innerhalb des Bereiches der ordentlichen Geschäftsführung Geschäfte besorgt, ist im Zweifel als ihr Beauftragter anzusehen und haftet als solcher. War ihm die Vollmacht hiezu entzogen, so haftet er ihr als Geschäftsführer ohne Auftrag [5]) (§ 391). Er ist den übrigen Gesellschaftern periodisch und auf Verlangen eines oder mehrerer derselben jeweilen genaue Rechenschaft schuldig. [6])

Der Gesellschafter, welcher der Gesellschaft zukommende Geschäfte ohne deren Bewilligung für seine Privatrechnung betreibt, hat den daherigen Gewinn an die Gesellschaft abzutreten. [7])

Die von der Gesellschaft erlittenen Verluste haben deren Mitglieder im Zweifel nach Verhältniß (pro rata) ihrer Beiträge zu tragen. [8])

[1]) Unter Kaufleuten ist Uebung, daß der versprochene Kapitalbeitrag, ohne Mahnung, von dem Verfalltage an verzinst werden muß. Allgemein schreibt dies vor *Code Nap.* § 1846. Nur für Handelsgesellschaften schreibt dies vor das zürch. Ges. § 1274 und Entw. e. deutsch. Handels-G. III. § 19.

[2]) Auch das röm. Recht stellt diese Präsumtion auf (L. 29. pr. D. pro socio: „Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat"). Ebenso neuere Gesetze, wie das österreich., preuß. u. a. Es ist übrigens hier der allgemeine Ausdruck „Beitrag" und nicht der engere „Kapitalbeitrag" gewählt, um anzudeuten, daß die Gesellschafter im Zweifel auch dieselbe Arbeitspflicht haben. Vgl. österr. Ges. § 1185. Letztere Vermuthung wird sich freilich sehr nach der Gesellschaftsorganisation modifiziren.

[3]) Wenn die Gesellschaft eigene Geschäftsführer bestellt hat, so werden die übrigen freilich weniger in den Fall kommen, direkt bei der Geschäftsführung mitzuwirken. Dessenungeachtet sollen sie in jeder Stellung, die ihnen durch die Gesellschaftsorganisation angewiesen ist, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.

[4]) Es folgt dies aus Obigem. Es wäre also der guten Treue eines Gesellschafters zuwider, wenn z. B. der Associé eines Konditoreigeschäftes in derselben Stadt oder gar in derselben Straße eine konkurrirende Konditorei für eigene Rechnung begründen wollte. Vgl. österr. Ges. §§ 1185 und 1186. Die Beurtheilung, ob in einem gegebenen Falle wirklich eine Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen vorliege,

muß freilich dem arbitrium iudicis überlassen werden. Wohl zu weit geht der Entwurf e. deutsch. H.-G. § 95 und mit ihm auch das zürch. Ges. §§ 1283 und 1284, wenn sie, freilich unter einer Restriktion, dem Gesellschafter verbieten, „in demselben Handelszweige“ ohne Zustimmung der Mitassocié's Geschäfte zu machen. Vgl. Endemann S. 80. — Anderer Meinung ist Thöl H. R. § 38.

[5]) Es ist das Verhältniß des für die Gesellschaft Handelnden gegenüber Dritten wohl zu unterscheiden von demjenigen gegenüber der Gesellschaft. In ersterer Beziehung gilt unbedingt der Grundsatz des § 441, daß jeder Gesellschafter als gültiger Vertreter der Gesellschaft so lange anzusehen ist, als ihm diese Vollmacht nicht durch öffentliche Bekanntmachung entzogen wurde. Sollte er aber sich Namens der Gesellschaft in Vertragsverhältnisse einlassen, ungeachtet er, ohne daß solches bekannt gemacht wurde, nach dem Gesellschaftsvertrage oder zufolge Gesellschaftsbeschlusses hiezu nicht befugt ist, so müßte zwar die Gesellschaft an seine Handlungen kommen, doch wäre er mit der geschärften Verantwortlichkeit eines „Geschäftsführers ohne Auftrag“ behaftet. Vollends versteht sich letzteres von selbst, wenn er entgegen einem publizirten Vollmachtentzuge, sich die Vertretung der Gesellschaft anmaßte, da diese (zufolge § 441) alsdann dessen Handlungen ja nicht anzuerkennen brauchte. — (Vgl. *Code Nap.* § 1859, wonach jeder Gesellschafter im Zweifel „das Recht hat, für alle zu verwalten“, preuß. L. R. I. 17 § 206, wonach jedes Mitglied im Zweifel zum Betrieb der gemeinschaftlichen Angelegenheiten befugt und verpflichtet ist). Freilich müssen die Handlungen des Gesellschafters, hinsichtlich welcher er als Beauftragter der Gesellschaft soll gelten dürfen, innerhalb des Gesellschaftszweckes und der regelmäßigen Geschäftsführung fallen, indem seine stillschweigende oder ausdrückliche Vollmacht sich selbstverständlich nur darauf erstreckt.

[6]) Diese Verpflichtung versteht sich, sofern der Gesellschafter Beauftragter ist, von selbst (s. § 385 letzter Abs.). Wurde die Verwaltung nur einzelnen Gesellschaftern übergeben so wird ordentlicher Weise auch nur diesen die Rechnungsabgabe obliegen. Bei länger dauernden Gesellschaften findet die Rechnungsabgabe gewöhnlich jährlich statt, und geschieht bei Erwerbs- oder Handelsgesellschaften gleichzeitig mit der Ziehung der Bilanz (§ 440). Selbst in der Zwischenzeit sind aber die Geschäftsführer ihren Associe's, auf jedes nicht offenbar chikanöse Verlangen hin, die nach Umständen mögliche Rechenschaft und selbstverständlich auch die Oeffnung sämmtlicher Geschäftsbücher schuldig. Vgl Brinckmann § 39, Martens H. R. § 25, soloth. Ges. § 1196 und zürch. Ges. § 1239. Die vollständige Rechnung über Gewinn und Verlust (Bilanz) wird freilich in der Regel blos entweder jährlich oder nach Vollendung des Geschäftes abgelegt werden können.

[7]) Dies gilt schon nach röm. R. (L. 74 D. h. t.: „Si quis societatem contraxerit quod emit ipsius fit, non commune, sed societatis iudicio cogitur rem communicare“). Vgl. Thibaut § 536. Auch das Handelsrecht hat diesen Grundsatz anerkannt. S. Brinkmann H. R. § 39, preuß. L. R. I. 17 § 233. Es wäre auch dieses der guten Treue, die vorab der Associé der Gesellschaft schuldet, zuwider.

[8]) Es ist dies ein, auch in die neuere Gesetzgebung übergegangener Grundsatz des gemeinen Rechts. Da die Beiträge im Zweifel als gleich vermuthet werden (s. erster Abs. dieses §) so folgt, daß auch die Mitleidenschaft am Verlust im Zweifel für alle Mitglieder gleich anzunehmen ist. Hat ein Gesellschafter keinen Kapitalbeitrag, sondern nur Arbeit geleistet, so versteht es sich von selbst, daß er in der Regel nur den Werth der letzteren, nach Maßgabe des Verlustes, zum Theil oder ganz, einbüßen wird. Vgl. österr. Ges. § 1197. Immerhin nur „in der Regel“, denn wenn z. B. die Arbeitskraft des Gesellschafters A der Kapitaleinlage des B und des C gleich gewerthet wurde und die letzteren beiden werden in Folge Falliments der Gesellschaft über ihre Einlage hinaus in Anspruch genommen, so wird folgerichtig auch A in gleichem Maße über den Verlust seiner Arbeit hinaus in Anspruch zu nehmen sein.

§ 439.

Pflichten der Gesellschaft.

Die Gesellschaft hat ihren Mitgliedern die Auslagen und den Schaden, die ihnen um des Gesellschaftszweckes willen verursacht wurden, mit Vorbehalt ihres Verlustantheiles (§ 438), zu vergüten, vorausgesetzt, daß sie sich den Schaden nicht durch eigene Schuld oder Ueberschreitung ihrer Vollmacht zuzogen.[1])

Ferner hat die Gesellschaft ihren Mitgliedern den aus dem gesellschaftlichen Geschäftsbetrieb sich ergebenden Gewinn, im Zweifel nach Verhältniß ihrer Beiträge, zuzutheilen.

[1]) Z. B. den Schaden, der ihm dadurch erwuchs, daß er auf einer für die Gesellschaft übernommenen Reise beraubt wurde. Es ist dies auch ein Grundsatz des röm. Rechts (L. 52 § 4 D. pro socio: „nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet quod non culpa socii contingit"). Vgl. Brinckmann H. R. § 39 („den Unkosten gleich werden behandelt die zufälligen Verluste und Schäden, welche einem Gesellschafter bei seiner Thätigkeit in Gesellschaftsangelegenheiten widerfahren"). Uebrigens versteht es sich, daß eine solche Entschädigung dem Gesellschafter nur so weit gebührt, als er sich denselben nicht durch eigene Schuld zuzog und er innerhalb seiner Befugnisse handelt.

[2]) Es ist dies das Korrelat zu dem oben (§ 438) hinsichtlich des Verlustes aufgestellten Grundsatze. — An dem Gewinn wird sich derjenige, der keinen Kapitalbeitrag, sondern nur Arbeit geleistet, auch betheiligen, ungeachtet er nicht Miteigenthümer an dem Gesellschaftsfond ist, denn der Gewinn ist zum Theil auch als Frucht seiner Arbeit anzusehen. Für den Fall, daß das Verhältniß seiner Betheiligung in dem Vertrage nicht genauer fixirt wäre, bestimmt das preuß. L. R. (I. 17 § 253), daß sein Gewinnantheil gleich sein solle demjenigen des den geringsten Kapitalbeitrag Leistenden. Besser aber ist es, den Umständen und dem richterlichen Ermessen nicht vorzugreifen. Daß, wenn dem blos Arbeit Leistenden, etwa als Belohnung, eine Betheiligung am Gesellschaftsfond eingeräumt wird, er auch mit Rücksicht auf diese in den Gewinn eintritt, versteht sich von selbst.

Bemerkt mag hier noch werden, daß das röm. R. die sog. societas leonina (Löwengesellschaft), wonach dem Einen oder Mehreren aller Gewinn zukommen soll, verbietet. Ein solcher Vertrag, wenn er überhaupt vorkommen sollte, würde indeß selbstverständlich nicht als Gesellschaftsvertrag, möglicher Weise aber als Schenkung gelten können. Vgl. preuß. L. R. I. 17 § 245.

§ 440.

Berechnung von Gewinn und Verlust.

Der Gewinn oder Verlust eines Societätsgeschäftes ergibt sich aus der Gegenüberstellung des Activ- und Passivbestandes des Gesellschaftsvermögens, und zwar des ersteren mit Abschreibung der Werthverminderung an Fahrnissen u. s. w., des letzteren mit Einschluß der Kapitalbeiträge und ihrer Zinsen. Der Betrag, um welchen alsdann der Activbestand größer oder geringer als der Passivbestand ist, bildet die Summe des Gewinnes oder Verlustes.[1])

[1]) Bei Aufstellung der Bilanz (des Aktiv- und Passivstandes) erscheint die Gesellschaft oder das von ihr betriebene Geschäft als juristische Person mit Aktiven und Passiven. In letztere sind aufzunehmen: a) die von den Gesellschaftern geleisteten Einschüsse nebst Zinsen, denn diese Einschüsse erscheinen gleichsam als ein von den Gesellschaftern dem Geschäft gemachtes Darlehen, und b) die sonstigen

Kapital- und Korrentschulden des Geschäftes. In die Aktiven dagegen sind aufzunehmen die der Gesellschaft gehörigen Liegenschaften und Fahrnisse; letztere umfassen: Geräthschaften, Vorräthe, Kapital- und Korrentguthaben und den Kassavorrath. Legt man den Aktiven frühere Inventarien zu Grunde, so sind nicht nur allfällige Werthserhöhungen (z. B. von Häusern), sondern namentlich auch Werthverminderungen, namentlich der Vorräthe und des Mobiliars, zu berücksichtigen (diejenigen des Mobiliars pflegen nach einem jährlichen Durchschnitt von etwa 8% bis 10% angenommen zu werden). Gesetzt, die so berechneten Passiven betragen Fr. 30,000 und die Aktiven Fr. 35,000, so stellt dieser Ueberschuß von Fr. 5000 den Gewinn dar, der auf die Gesellschafter zu vertheilen ist, wenn sie es nicht vorziehen, denselben ganz oder theilweise wieder dem Geschäfte zuzuwenden, in welchem Fall das Betriebskapital um eben so viel vermehrt wird.

Unsere bündnerischen Konditoren im Ausland unterscheiden oft zwischen dem sog. lebenden und dem sog. todten Kapital in der Weise, daß unter letzterem die Mobilien und Geräthschaften, unter ersterem die Waarenvorräthe, beziehungsweise das auf jene oder diese verwendete Kapital, verstanden werden. Es hat diese Unterscheidung wenig inneren Werth. Abgesehen hievon wird in den Bilanzen dieser Konditoreigeschäfte gegen obige Grundsätze oft in verschiedener Weise verstoßen, z. B. indem für die Einschüsse der Gesellschafter keine Zinsen berechnet werden, die Werthverminderung des Mobiliars nicht abgeschrieben oder die Gewinnantheile der Gesellschafter theilweise wieder dem Geschäft zugewendet werden, ohne daß sie fortan in den Bilanzen als neue Einschüsse kompariren u. s. w. Begreiflich ergeben hiedurch die Bilanzen oft irrige Resultate.

§ 441.

Verhältniß zu Dritten.

Jedes Mitglied einer Gesellschaft ist als von der letzteren ermächtigt anzusehen, dieselbe Dritten gegenüber in Geschäftsangelegenheiten, so weit es die regelmäßige Geschäftsführung betrifft, gültig zu verpflichten, es wäre denn, daß ihm zufolge einer von ihr erlassenen öffentlichen Bekanntmachung eine solche Vollmacht nicht zustünde. [1])

Der Gesellschafter, der entgegen einer solchen Bekanntmachung oder in Angelegenheiten, welche nicht den ordentlichen Geschäftsbetrieb beschlagen, sich Namens der Gesellschaft in Verträge einläßt, verpflichtet sie Dritten gegenüber nur in so weit, als ein Geschäftsführer ohne Auftrag den Geschäftsherrn verpflichtet [2]) (§ 391). Für die von der Gesellschaft übernommenen Verbindlichkeiten haftet das Gesellschaftsvermögen [3]) und, so weit dieses zur Deckung nicht ausreicht, jeder Gesellschafter solidarisch. [4]) Vorbehalten sind hiebei die Bestimmungen des § 447.

[1]) Dieser Grundsatz gilt nach anderen Gesetzen blos für sog. Handelsgesellschaften, während für andere Gesellschaften der gemeinrechtliche Grundsatz, daß sie nur durch die von ihnen wirklich Beauftragten verpflichtet werden (s. Thibaut § 544), angenommen ist. Vgl. *Code Nap.* § 1864 mit *Code de commerce* I. 3 § 22 und zürch. Ges. §§ 1248—1250 mit § 1297, preuß L. R. I. 17 § 230 mit II. 8 § 633. Im Handelsrecht freilich ist der Grundsatz, daß der zur Firma Berechtigte gültig die Gesellschaft verpflichte, unbestritten. S. Brinckmann H. R. § 36.

Allein abgesehen davon, daß eine rationelle Unterscheidung zwischen Handelsgesellschaften und andern Erwerbsgesellschaften gar nicht möglich ist — denn warum sollte eine Handlungsgesellschaft nach andern Grundsätzen beurtheilt werden, als eine

Fabrikations-, Bergbau- oder Handwerksgesellschaft? — so spricht die rechtliche Vermuthung durchaus dafür, daß jedes wirkliche Mitglied einer Gesellschaft, das ja zur Förderung der Gesellschaftsinteressen förmlich verpflichtet und im Zweifel sogar in der Verwaltung und in der Arbeitsleistung den übrigen gleich befugt und verpflichtet ist, auch nach Außen die Gesellschaft gültig zu vertreten berechtigt sei und kann dem Dritten nicht wohl zugemuthet werden, daß er, bevor er mit der Gesellschaft in Vertragsverhältnisse sich einläßt, sich darum bekümmere, welcher von den Gesellschaftern die Vollmacht dazu trage. In der Regel werden auch die Gesellschafter, deren Vertragsverhältniß sich ja vorzugsweise auf gute Treue stützt, einander gegenseitig die mit dem ordentlichen Geschäftsbetrieb gewöhnlich verbundene Vollmacht einräumen. Will die Gesellschaft aber das nicht, wünscht sie vielmehr diese Vollmacht einem oder mehreren einzelnen Gesellschaftern ausschließlich zu übertragen, so steht ihr ein einfaches Mittel zu Gebot, nämlich die Bekanntmachung. Danach mag alsdann jeder dritte, mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung Tretende sich benehmen. Die in den Lehr- und Gesetzbüchern hergebrachte scharfe Unterscheidung zwischen gemeiner und Handels-Gesellschaft ist nur daraus zu erklären, daß man mit Bezug auf jene die römische Theorie, welche in der societas lediglich das zwischen den Gesellschaftern bestehende Vertragsverhältniß aufzufassen wußte, ihr genossenschaftliches Moment aber verkannte, nicht verlassen mochte.

[2]) Es gelten in diesem Falle die allgemeinen Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 391), wobei selbstverständlich die Verwendung in den Nutzen der Gesellschaft (versio in rem), so weit daraus nicht sogar auf Ratihabition zu schließen ist, in Betracht kommen kann (s. Thibaut § 544).

[3]) Es ergibt sich dies von selbst aus dem Begriff der Gesellschaft, die nach Außen als eine juristische Person erscheint, somit zunächst auch nur als solche Rechte erwerben und Schulden kontrahiren kann. Demzufolge muß auch sie zunächst ausgeklagt werden. Erst so weit ihr Vermögen nicht reicht, treten die einzelnen Gesellschafter, gleichsam als Bürgen, und zwar solidarisch, ein. Im Fernern ergibt sich hieraus von selbst, daß die Gesellschaftsgläubiger in der Konkursmasse der Gesellschaft ein Vorzugsrecht haben gegenüber den Gläubigern des in Konkurs gerathenen Gesellschafters (Brinckmann § 53) Vgl. Anm. 2 zu § 162.

[4]) Nach röm. R. (wenigstens nach der Auslegung Thibaut's § 544) hafteten die Gesellschafter, wenn sie gemeinschaftlich kontrahirten, pro rata, wenn sie dagegen durch einen gemeinschaftlichen Beauftragten kontrahirten, in solidum.

Nach den neueren Gesetzgebungen gilt fast durchwegs die solidarische Haftbarkeit der Gesellschafter nur bei sog. Handelsgesellschaften (vgl z. B. *Code Nap.* § 1862 österr. Ges. § 1203). Allein die Praxis hat sich in der Schweiz schon so entschieden dahin ausgebildet, ohne zwischen Handels- und andern Gesellschaften zu unterscheiden, die Mitglieder jeder Gesellschaft für solidarisch haftbar zu erklären, daß selbst das zürch. Ges. (§ 1250), trotz seiner Hinneigung zu dem deutschen Handelsrecht, sich genöthigt sah, derselben Rechnung zu tragen. Freilich ist die Härte, daß z. B. Derjenige, der viel Vermögen besitzt, aber wenig in die Gesellschaft eingelegt hat, für den haften muß, der etwa sein ganzes Vermögen in die Gesellschaft einlegte, nicht zu vermeiden. — Das soloth. Ges. § 1225 enthält die Singularität, daß die Mitglieder gemeinnütziger Gesellschaften nur bis auf ihren Beitrag haften. In der ersten Kommission sah man es übrigens als selbstverständlich an, daß, wenn die Gesellschaft bekannt machte, es sei für Gesellschaftsschulden nur das Gesellschaftsvermögen haftbar, alsdann die Gesellschafter von jeder persönlichen Haftbarkeit befreit sind.

§ 442.

Gesellschaftsbeschlüsse.

Hinsichtlich der Gesellschaftsbeschlüsse gelten dieselben Grundsätze wie hinsichtlich der Beschlüsse von Miteigenthümern (§ 211).[1])

Zu den, die Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter erfordernden Schlußnahmen gehören diejenigen, welche außer den Grenzen des ordentlichen Geschäftsbetriebes oder des Vertrages liegen, wie namentlich: die Vermehrung des Stammkapitals durch Nachschüsse der Mitglieder, die Kontrahirung von Anlehen, die Erweiterung oder Einschränkung des Unternehmens gegen den ursprünglichen Vertragszweck, die Aufnahme neuer Mitglieder. [2])

Vorbehalten bleiben auch hiebei abweichende Vertragsbestimmungen. [3])

[1]) Es ist dies eine Folge des (in § 437 enthaltenen) Grundsatzes, daß die Betheiligung der Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen aus dem Gesichtspunkte des Miteigenthums zu beurtheilen sei. (Vgl. österr. Ges. § 1188, bern. Ges. § 879 und soloth. Ges. § 1197.) Demnach entscheiden in Angelegenheiten, welche innerhalb der Grenzen des Vertrages oder des regelmäßigen Geschäftsbetriebes liegen, die Mitglieder, welche den größeren Theil des Gesellschaftsfonds vertreten, es wäre denn, daß sie (wie dies bei sog. offenen und Aktiengesellschaften regelmäßig der Fall ist) diese Befugnisse an die geschäftsführenden Mitglieder oder einen Verwaltungsausschuß übertragen hätten. Nach preuß. L. R. I. 17 § 209 wird im Zweifel nach Köpfen abgestimmt.

[2]) Es gehören also dahin alle außerordentlichen Maßregeln, welche, sei es eine Abänderung des Vertrages involviren sei es mit besonderem Risiko verbunden sind. Vgl. (hinsichtlich der Handelsgesellschaften) Brinckmann § 39. — Die „Nachschüsse" begreifen auch die häufig vorkommende Einverleibung eines Gewinntheiles in das Stammkapital in sich.

[3]) Durch die Gesellschaftsstatuten können also auch obige, sonst Einstimmigkeit erheischende Verfügungen dem Entscheide der Mehrheit anheimgegeben werden.

§ 443.

Kündung des Vertrages.

Ein Gesellschaftsvertrag, der nicht auf eine bestimmte Zeit oder für eine bestimmte, innert begrenzter Zeit auszuführende Unternehmung [1]) eingegangen wurde, kann von jedem Gesellschafter im Zweifel jederzeit, jedoch, wo möglich, mit Innehaltung einer wenigstens dreimonatlichen Kündungsfrist und auf die periodische Bilanzzeit, wenn eine solche übungs- oder vertragsgemäß angenommen ist, gekündet werden. [2])

Auch innert einer bedungenen Vertragsdauer kann die Kündung ab Seite eines Gesellschafters alsdann erfolgen, wenn dessen längeres Verbleiben in der Gesellschaft aus unvorhergesehenen Gründen nachsweisbar mit unverhältnißmäßigem Nachtheil für ihn verbunden wäre, [3]) oder wenn ein Mitglied der Gesellschaft wegfällt. [4])

In keinem Falle darf aber die Kündung arglistig oder zu einer Zeit geschehen, wo solche für die Gesellschaft nachweisbar von ganz besonderem Nachtheil wäre. [5])

Von der Gesellschaft kann, im Zweifel jedoch nur mit Einstimmigkeit der nicht betroffenen Mitglieder, jederzeit einem Mitglied aufgekündet werden, welches wesentliche Bedingungen des Vertrages

beharrlich nicht erfüllt, beziehungsweise zu erfüllen dauernd unfähig geworden ist oder sich eines Verbrechens schuldig gemacht oder in Konkurs verfällt. [6])

Endlich kann, wenn der Zweck des Gesellschaftsvertrages offenbar nicht anders als durch weitere, im Vertrag nicht vorgesehene Nachzahlungen (Nachschüsse) zu erreichen ist, die (nach § 211 zu berechnende) Mehrheit denjenigen Mitgliedern, welche sie nicht leisten wollen, den Vertrag aufkünden. [7])

[1]) Z. B. ein Gesellschaftsvertrag zu Ausführung eines Eisenbahn- oder Straßenbaues im Gegensatz zu einer, in der Regel auf unbegrenzte Dauer berechneten Handlungsgesellschaft.

[2]) Sind Kündungsfristen bedungen, so versteht es sich, daß solche innezuhalten sind. Sind aber solche auch nicht bedungen, so darf doch der Rücktritt, wenn nicht dringende Umstände es rechtfertigen, nicht Knall und Fall, sondern nur mit Beachtung einer den Umständen angemessenen Kündungsfrist und namentlich, wenn thunlich, auf den Zeitpunkt des Bilanzabschlusses, der ohnehin eine Vereinigung der Rechnungen mit sich bringt, erfolgen. Das preuß. L. R. II. 8 § 668 schreibt für Handlungsgesellschaften sogar vor, daß der Austritt 6 Monate vor Ablauf des Societätsjahres angekündigt werden müsse.

[3]) Auch nach röm Recht konnte, selbst wenn das Gegentheil bedungen worden, wegen genügender Ursache (iusta ratio) der Gesellschaftsvertrag gekündet werden. (L. 14—16 D. h. t.) Derselbe Grundsatz ist in das deutsche Handelsrecht übergegangen (s. Brinckmann § 46). Besser als die Aufführung einzelner Rücktrittsgründe ist die Aufstellung obigen, der Kündung des Dienstvertrages analogen (§ 429) Grundsatzes, dessen Anwendung auf den speziellen Fall dem Richter überlassen bleiben mag. Vgl. Endemann S. 80, zürch. Ges. § 1311.

[4]) Nach röm. R. löste sich die Gesellschaft von Rechtswegen durch das Wegfallen eines Mitgliedes auf, so daß dadurch die übrigen ohne Weiteres frei wurden. Nach unserem Gesetze ist dies nicht unbedingt der Fall (§ 445). Um so gerechtfertigter ist es aber, wenn ein zu persönlicher Arbeit verpflichtetes Mitglied wegfällt, jedem andern den Rücktritt zu gestatten, weil gar leicht die Rücksicht auf dessen persönliche Fähigkeit allein das eine oder andere zum Eintritt in die Gesellschaft bewegen konnte. Es liegt überhaupt alsdann ein dem Lohnarbeits- und speziell dem Dienstvertrag analoges Verhältniß vor, weßhalb dann auch (zufolge § 445) der Gesellschaftsvertrag sich nicht auf die Erben des zu persönlicher Arbeit verpflichteten Gesellschafters vererbt. Wohl zu eng ist daher dieses Motiv von dem berner Ges. (§ 891) so gefaßt: „Abgang eines Mitglieds, von dessen Leistungen der Geschäftsbetrieb hauptsächlich abgehangen hat."

[5]) Es würde auch dies der guten Treue, welche die Gesellschafter einander vor Allem aus schuldig sind, zuwiderlaufen. Ebenso nach röm. R. („Si quis callide renunciaverit, cogitur lucrum communicare" § 4 Inst. de societate; ferner: „ipso iure societatis intempestiva renunciatio in aestimationem venit" L. 17 § 2 D. pro socio. 17. 2). Das röm. R. spricht hiebei den Grundsatz aus, daß der arglistig oder unzeitig kündende Gesellschafter zwar dadurch seiner Rechte, nicht aber seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft sich entschlägt („a se quidem liberat socius, se autem ab illis non liberat" L. 65 § 3 D. h. t.). Vgl. *Code Nap.* § 1870 und zürch. Ges. §§ 1255 und 1311. Das soloth. Ges. § 1201 drückt sich in Bezug auf die „Unzeit" so aus: „in einem Zeitpunkt, in welchem es der Gesellschaft offenbar zum Schaden gereicht."

[6]) Wenn ein Mitglied beharrlich die Bedingungen des Vertrages nicht erfüllt, beziehungsweise, etwa wegen andauernder Krankheit, nicht erfüllen kann, oder wegen eines Verbrechens das Zutrauen der Gesellschaft verloren hat, so wäre es unbillig,

um seinetwillen die Existenz der Gesellschaft preiszugeben; durch seinen Ausschluß treten die übrigen Mitglieder einfach von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurück, wozu aber die Einstimmigkeit der übrigen deßhalb nothwendig ist, weil darin ein Abgehen von dem Vertrage liegt. Bestand die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern, so versteht sich, daß das übrigbleibende allein aufkünden kann; dann aber erlischt die Gesellschaft zufolge § 445 b. und muß Liquidation folgen. Vgl. österr. Ges. § 1210, preuß. L. R. I. 17. § 273, Brinckmann § 47, zürch. Ges. § 1313. Wenn der Konkursant zu einem Kapitalbeitrag verpflichtet war, so wäre sein Ausschluß wohl schon wegen „dauernder Unfähigkeit zur Erfüllung" begründet; aber auch wenn er nur zu persönlicher Arbeit verpflichtet war, so ist sein Ausschluß wegen mangelnden Zutrauens in seine Person oder im Interesse des Kredites der Gesellschaft gerechtfertiget.

7) Jeder Gesellschafter verpflichtet sich bei seinem Eintritt in die Gesellschaft nur auf Grund des Vertrages. Ueber die in diesem Vertrage vorgesehenen Leistungen hinaus ist er rechtlich nicht verpflichtet und können ihm daher weitergehende Leistungen, wie namentlich nachträgliche Geldeinschüsse, ohne seine Zustimmung nicht auferlegt werden (vgl. § 442 2ter Abs.). Oft tritt aber der Fall ein, daß die im Vertrage vorgesehenen Beiträge der Gesellschafter zu Erreichung des Gesellschaftszweckes oder zu Durchführung des von der Gesellschaft beabsichtigten Unternehmens (z. B. einer Spinnerei, eines Bergwerkes u. s. w.) nicht ausreichen. Wenn alsdann die (nach der Stärke der Betheiligung berechnete) Mehrheit der Gesellschafter geneigt ist, sich zu Fortführung des Unternehmens weitere Opfer gefallen zu lassen, so ist sie berechtigt, den nicht zustimmenden Mitgliedern den Vertrag aufzukünden und sie auszurichten (§ 444). Zum Zwecke der blosen Erweiterung des Unternehmens oder des blosen Luxus (z. B. in einem Konditorei- oder Kaffeegeschäft) steht ihr aber dieses Kündungsrecht nicht zu. Vgl. preuß. L. R. I. 17 § 190, berner Ges. § 878, zürch. Ges. § 1271. Dagegen will sie in diesem Falle zu Nachschüssen verpflichten Brinckmann § 42.

§ 444.

Folgen des Austrittes.

Das ausgetretene oder ausgeschlossene Mitglied bleibt hinsichtlich aller derjenigen Geschäfte, welche zur Zeit seines Austrittes noch nicht zum Abschluß gelangt waren, bis zu ihrer Erledigung, an Gewinn und Verlust, wie ein wirklicher Gesellschafter, betheiliget. [1])

Im Uebrigen kann er seine Ausrichtung und zu diesem Behufe, wofern er wegen Gesellschaftsschulden nicht sicher gestellt würde, einen Rechnungsruf (§ 138) verlangen. [2])

Hatte sich die Gesellschaft mit Benennung ihrer Mitglieder öffentlich angekündigt, so bleibt der Austritt eines Gesellschafters Dritten gegenüber so lange wirkungslos, bis er bekannt gemacht wird. [3])

1) Es liegt dies in der Natur der Sache, da über schwebende Geschäfte sich keine Bilanz ziehen läßt. (Vgl. preuß. L. R. I. 17 § 294 und Brinckmann §§ 41 und 46.) — Daß aber der ausgetretene Gesellschafter in keiner andern Beziehung Gesellschaftsrechte mehr ausüben, also namentlich für die Gesellschafter keine Geschäfte mehr verrichten, die Bücher nicht ohne weiteres mehr einsehen darf u. s. w., versteht sich von selbst.

2) Der Austritt resp. Ausschluß eines Mitgliedes führt (wenn die Gesellschaft nicht blos aus zwei Personen besteht, § 445 b), nicht nothwendig die Auflösung der Gesellschaft mit sich. Dadurch unterscheidet sich wesentlich die neuere Auffassung des Gesellschaftsvertrages vor der römischen (. Note 4 zu § 443.) Löst sich die

Gesellschaft nicht auf, so muß der Austretende für seinen Antheil an dem Gesellschaftsgeschäft ausgerichtet werden. Da aber der Austretende noch immer für die bis zu seinem Austritte entstandenen Gesellschaftsschulden haftbar bleibt, kann derselbe entweder Sicherstellung gegen allfällige spätere Ansprachen oder Vereinigung des Gesellschaftsvermögens mittelst eines Rechnungsrufes verlangen. Vgl. Brinckmann § 46, zürch. Ges. § 1312, solothurner Ges. §§ 1207, 1214 und 1215. Bei dieser Ausrichtung wird es sich jedoch nicht immer lediglich um Herausgabe des Antheiles an dem ursprünglichen Stammkapital nebst Jahreszinsen und Jahresgewinn, sondern mehr um Vergutung des wirklichen Werthes, den der Gesellschaftsantheil zur Zeit der Auseinandersetzung hat, handeln. Denn gesetzt, der ursprüngliche Einschuß eines Konditoreigeschäftes rentire regelmäßig 100%, so würde der Austretende durch blose Erstattung seiner ursprünglichen Einlage nebst dem aus der Bilanz sich ergebenden Jahresgewinn nicht entschädigt. Es wird also meist eine unparteiische Schätzung des Geschäftsantheiles zu Hülfe gezogen werden müssen.

3) Demnach kann dem Dritten, welcher in guten Treuen mit dem ausgetretenen Gesellschafter, als vermeintlichem Vertreter der Gesellschaft, Verträge schließt, dessen Austritt, sofern dieser nicht bekannt gemacht wurde, nicht entgegengehalten werden; vielmehr hat jeder Dritte in der s. Z. erlassenen Bekanntmachung einen zureichenden Titel, um jeden in derselben benannten Gesellschafter so lange als Mitglied der Gesellschaft zu betrachten, bis dessen Austritt auch wieder bekannt gemacht wurde — vorausgesetzt, daß ihm nicht Arglist bewiesen werden kann.

§ 445.

Auflösung der Gesellschaft.

Eine Gesellschaft löst sich auf [1]) (erlischt) insbesondere: [2])

a. durch ihren Konkurs; [3])

b. wenn in Folge Ausscheidens oder Todes von Mitgliedern ein einziges übrig bleibt; [4])

c. wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Mitgliedern bestand, durch Beschluß der (nach Anleitung des § 211 zu berechnenden) Mehrheit der Gesellschafter. [5])

Auf die Erben eines verstorbenen Gesellschafters vererbt sich der Gesellschaftsvertrag, wenn er nicht ausdrücklich auf jene ausgedehnt wurde, nur dann, wenn der Verstorbene zu keiner persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet war. [6])

Wenn der Gesellschaftsvertrag durch den Tod eines Gesellschafters für dessen Erben erlischt, so sind letztere hinsichtlich ihrer Ausrichtung wie ausgetretene Mitglieder (§ 444) zu behandeln. Dasselbe gilt hinsichtlich der Gläubiger des in Konkurs gerathenen Gesellschafters. [7])

Ein Gesellschaftsvertrag wird durch blosen Ablauf der Zeit, für welche er geschlossen war, nicht als erloschen angesehen, vielmehr kann derselbe ohne Vertragserneuerung fortgesetzt werden. [8])

1) Die Auflösung einer Gesellschaft hat stets deren Liquidation zur Folge. Dieselbe wird jedoch, so lange nicht Gläubiger die obrigkeitliche Liquidation verlangen (§ 138 b.) von der Gesellschaft selbst besorgt.

2) Die Beendigung des Gesellschaftsvertrages unterliegt nicht nur den unten folgenden, sondern außerdem auch den, allen Verträgen gemeinschaftlichen Erlöschungsgründen, so weit solche auf den Gesellschaftsvertrag überhaupt anwendbar sind. Er erlischt also namentlich auch: mit Ablauf der Zeit, für welche er geschlossen war,

insofern er nicht fortgesetzt wird; mit Beendigung des Unternehmens oder mit Untergang des Gegenstandes, für welche er eingegangen war, wohl auch durch die Unmöglichkeit, den Gesellschaftszweck zu erreichen. Vgl. Puchta § 373, österr. Ges. § 1205, Entw. eines deutschen H.-G. III. § 45.

[3]) Da der Bestand der Gesellschaft, als einer quasi juristischen Person, an dem Gesellschaftsvermögen haftet, so erlischt sie nothwendig durch die Auflösung, resp. Zerstörung des letzteren.

[4]) Vgl. soloth. Ges. § 1200. Eine Gesellschaft setzt eine Mehrheit von Personen voraus, daher durch das Uebrigbleiben einer einzigen dieselbe nothwendig erlischt. Wenn aber von zwei Gesellschaftern der eine, der nur zu einem Kapitalbeitrag (also zu keinen persönlichen Leistungen) verpflichtet war, mit Tod abgeht, so erlischt dadurch die Gesellschaft noch nicht, da an dessen Stelle (in Gemäßheit der unten folgenden Bestimmung) dessen Erben, wenn sie die Erbschaft annehmen, treten.

[5]) Da selbst eigentliche Korporationen und Genossenschaften (laut §§ 95 u. 89) durch einen Mehrheitsbeschluß sich auflösen können, so muß solches auch bei Gesellschaften zuläßig sein, obwohl nach den Grundsätzen des § 442, in sofern in einem Auflösungsbeschlusse eine Aufhebung des Vertrages liegt, dazu strenggenommen Einstimmigkeit der Gesellschafter erforderlich wäre.

[6]) Nach röm. R. erlosch der Gesellschaftsvertrag unbedingt durch den Tod eines Mitgliedes, und zwar auch für die übrigbleibenden, wenn nicht bei Eingehung der Gesellschaft auf solchen Fall die Fortsetzung unter den übrigen bedungen worden war. (L. 65 § 9 D. h. t.) Auch konnte die Fortsetzung des Vertrages zu Gunsten der Erben nicht stipulirt werden. Nahmen die Uebrigbleibenden die Erben des Verstorbenen in die Gesellschaft auf, so galt dies als ein neuer Vertrag; ebenso wenn jene, ohne daß es bei Eingehung des Vertrages verabredet worden wäre („nisi in coëunda societate aliter convenit"), denselben unter sich fortsetzten. Das neuere Recht dagegen ist, wenigstens mit Rücksicht auf Handelsgesellschaften, geneigt, die Fortdauer der Gesellschaft, und zwar auch mit den Erben eines Verstorbenen, zu präsumiren. S. österr. Ges. § 1205. Indeß findet sich in den Gesetzgebungen und bei den Rechtslehrern große Abweichung in diesem Punkt. So läßt Mittermaier d. P. R. § 555 den Gesellschafts-Vertrag durch den Tod eines Gesellschafters erlöschen, wenn nicht für diesen Fall die Fortsetzung verabredet worden war; eben so Entwurf e. d. H.-G. III. § 47, wogegen Brinckmann und Thöl meinen, der Vertrag könne nicht über die Lebensdauer der Gesellschafter hinaus eingegangen werden. Dagegen macht das preuß. L. R. II. 8 § 661 ff. und I. 17 § 280 die, auch in das zürch. Ges. § 1318 übergegangene prinzipielle Unterscheidung, die auch in diesen § aufgenommen wurde, da sie der Natur der Sache durchaus entspricht und auch mit den Grundsätzen des § 365 genau in Einklang steht. Der Vererbung des Gesellschaftsvertrages, so weit er nur ein vermögensrechtliches und nicht auch ein persönliches Verhältniß betrifft, steht durchaus nichts entgegen.

Nicht minder uneinig ist man in Beantwortung der Frage, ob und in wie weit die Erben von Gesellschaftern dadurch, daß der Vertrag bei seiner Eingehung auch auf sie ausgedehnt wurde, zum Eintritte in die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet werden können? Daß nach röm. R. weder das Eine noch das Andere möglich war, wurde schon erwähnt. Eben so geht aus obigen Anführungen hervor, daß nach Brinckmann die Frage in beiderlei Beziehung zu verneinen, nach Mittermaier und dem Entwurf e. d. H.-G. dagegen zu bejahen ist. Ebenso ist sie zu bejahen nach dem *Code Nap.* § 1868, dem österr. Ges. § 1208 und dem preuß. L. R. I. 17. § 282 — versteht sich jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Erbe die Erbschaft antritt. Nach dem soloth. Ges. § 1204 kann der Erbe zur Fortsetzung der Gesellschaft wohl berechtigt, nicht aber verpflichtet werden, muß sich aber innert 90 Tagen nach dem Anfall der Erbschaft erklären. Nach dem zürch. Ges. 1256 ist den Erben die Kündung vorbehalten, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft ihnen drückend werden sollte. Nach der Fassung unseres § 445 ist nur anzunehmen, daß die Erben, wenn der Gesellschaftsvertrag

auch auf sie erstreckt war, in sämmtliche Rechte und Pflichten (also auch in diejenigen der Geschäftsverwaltung) des Verstorbenen eintreten, so zwar, daß ihnen im Falle unverhältnißmäßiger Belästigung das Kündungsrecht laut § 443 2ter Absatz selbstverständlich zusteht.

[7]) War der Verstorbene zur Mitverwaltung verpflichtet, so erlischt der Vertrag, wenn er nicht auch die Erben befaßte, mit dessen Tod. In diesem Falle steht den Erben der nämliche Anspruch auf Ausrichtung zu, wie einem Austretenden. Ebenso der Masse des in Konkurs verfallenen Gesellschafters hinsichtlich seiner vermögensrechtlichen Betheiligung an dem Geschäft.

[8]) Nach allgemeinen Grundsätzen über Verträge erlöschen nämlich letztere durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen wurden (§ 364 Ziff. 1). Eine praktische Folge obiger Bestimmung, daß Gesellschaftsverträge durch den blosen Ablauf der Zeit, für welche sie geschlossen wurden, nicht erlöschen, ist, daß sich die Gesellschaft nicht neuerdings anzukünden und keine neue Firma zu wählen braucht.

2. Besondere Gattungen. [1])

[1]) Die nachfolgenden Gesellschaftsformen bilden, weil komplizirter, einen Gegensatz zu der einfachen oder gemeinen Gesellschaft, für welche die obigen Grundsätze (§§ 437 bis 445) ausreichen. Der einfache Gesellschaftsvertrag wurde schon vom röm. R. genau, obwohl dem heutigen Bedürfniß (besonders im Verhältniß zu Dritten) nicht genügend dargelegt, während die zusammengesetzten Gesellschaftsformen, welche vermöge ihrer geschlossenen Organisation weit mehr als die einfache Gesellschaft den Charakter einer juristischen Person annehmen, erst durch das neuere Recht, besonders durch das Handelsrecht, ausgebildet worden sind.

a. Offene Gesellschaft mit Firma.

§ 446.

Besondere Bestimmungen. [1])

Eine Gesellschaft, die mit Benennung ihrer Mitglieder und mit Anzeige des Namens, beziehungsweise der Unterschrift (Firma), deren sie sich in ihrem Geschäftsverkehr bedienen werde, sich öffentlich ankündigt, ist eine offene Gesellschaft mit Firma (Kollektiv-Gesellschaft, Handelsgesellschaft). [2])

Nur die Gesellschafter, welche als zur Unterschrift berechtigt angezeigt wurden, können durch Gebrauch der Firma [3]) Dritten gegenüber gültig die Gesellschaft vertreten, und sind im Verhältniß zu den übrigen Gesellschaftern im Zweifel zu allen die regelmäßige Geschäftsführung beschlagenden Handlungen ermächtigt. [4])

Das Recht zur Unterschrift kann auch einem Nichtgesellschafter (Faktor) anvertraut werden. [5]) In diesem Falle verpflichtet und berechtigt dieser die Gesellschaft Dritten gegenüber wie ein zur Firma berechtigtes Mitglied selbst.

Keine Gesellschaft darf eine von einer schon bestehenden gebrauchte Firma sich aneignen. [6])

[1]) Hiemit ist angedeutet, daß auch für diese Gesellschaftsform im Uebrigen die allgemeinen Grundsätze gelten.

[2]) Es wird diese gemeinhin als Kollektiv- oder Handelsgesellschaft bezeichnet. Sie unterscheidet sich jedoch von der einfachen Gesellschaft nicht spezifisch, sondern

blos durch ihre gewöhnlich ausgebildetere Organisation, als deren äußeres Merkmal die Firma — gleichsam der Name der kollektiven Person — erscheint. Durch die Ankündigung der Gesellschaft unter der Firma wird gleichsam die öffentliche Anerkennung der kollektiven Person und ihres Namens und zum Theile auch ihrer Konstitution in Anspruch genommen. Die bekannt gemachten Firmaträger bilden alsdann nach Innen und Außen die Gesellschafts-Regierung, durch deren Organ die Gesellschaft ihre Thätigkeit vermittelt. Es kann daher die Gesellschaft auch nur unter ihrer Firma gültig belangt werden. Wird die Bekanntmachung der Firma unterlassen, so kann dieselbe zwar eine konventionelle, aber keine allgemein gültige rechtliche Bedeutung haben. Die Bekanntmachung hat durch öffentliche Blätter und allfällig durch Zirkular an die Handelsfreunde zu erfolgen.

[3]) Wenn sie sich nicht der Firma bedienen, so verpflichten sie sich nur persönlich. Unter der Firma wird dagegen die Gesellschaft sogar durch Zolldefraudation u. dgl. verpflichtet.

[4]) Vgl. Entwurf e. d. H.-G. III. § 39, Brinckmann H. R. § 38. Die Firmaträger verpflichten demnach die Gesellschaft nicht nur, wie die Beauftragten beziehungsweise Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, in allen in den regelmäßigen Geschäftsbetrieb, sondern überhaupt in allen, in den Bereich des Gesellschaftszweckes einschlagenden Angelegenheiten, somit auch, wenn sie z. B. gewagte Spekulationen machen, zu Gesellschaftszwecken Liegenschaften ankaufen u. s. w. Nur bleiben sie für solche außerordentliche Geschäfte den Gesellschaftern verantwortlich, wenn sie dieselben ohne Begrüßung der letzteren vornehmen.

Die Befugnisse, die in der einfachen Gesellschaft durch Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafter ausgeübt werden (§ 442 1ster Abs.) gehen somit in der offenen Gesellschaft, wenn nicht anders bedungen wird, auf die Firmaträger über.

[5]) Durch die Bestellung eines Faktors werden selbstverständlich die Gesellschafter von dem Gebrauch der Firma nicht ausgeschlossen, eben so wenig werden Gesellschafter dadurch, daß ihnen die Firma entzogen wird, ohne Weiteres auch von der inneren Geschäftsverwaltung ausgeschlossen. Daß übrigens demjenigen, welchem im Gesellschaftsvertrag die Firma anvertraut worden war, dieselbe nicht ohne genügenden rechtlichen Grund entzogen werden darf, versteht sich, da die Führung der Firma einen Bestandtheil seines Gesellschaftsrechtes bildet. Der Entzug der Firma sowohl als derjenige der Geschäftsführung wird sich vielmehr nur durch diejenigen Gründe, welche auch zum Ausschluß aus der Gesellschaft berechtigen, (§ 443) rechtfertigen lassen. Vgl. Brinckmann §§ 38 und 39.

[6]) Die Firma ist gleichsam als ausschließliches Eigenthum der betreffenden Gesellschaft anzusehen, so daß der Gebrauch derselben durch eine spätere Gesellschaft als Eingriff in jenes Eigenthumsrecht erscheint. S. preuß. L. R. II. 8. 621.

b. Stille Gesellschaft.

(Kommanditengesellschaft).

§ 447.

Besondere Bestimmungen.

Die stille Gesellschaft (Kommanditen-Gesellschaft) wird dadurch eingegangen, daß Einer oder Mehrere (stille Gesellschafter, Kommanditisten) sich gegenüber einem Geschäftsmann oder einer offenen Gesellschaft (benannten Gesellschafter, Kommanditar) verpflichten, einen bestimmten Kapitalbeitrag an ihren Geschäfts- oder Betriebsfond in dem Sinne zu leisten, daß sie nach Verhältniß ihres Beitrages an dem Gewinn oder Verlust des Geschäftes sich

betheiligen, unter keinen Umständen aber über ihren Beitrag hinaus haften. [1])

Die stille Gesellschaft erscheint nur im Verhältniß der Gesellschafter zu einander, nicht aber im Verhältniß zu Dritten als Gesellschaft. Es kann daher kein stiller Gesellschafter, als solcher, [2]) für dieselbe gültige Vertragshandlungen vornehmen.

[1]) Z. B. A und B wollen ein Spezereigeschäft errichten. Da es ihnen aber an genügendem Betriebskapital fehlt, und sie ihr Geschäft nicht von vorn herein mit Schulden beschweren wollen oder auch den zu Geldanlehen erforderlichen Kredit nicht besitzen, so gehen sie den Kapitalisten C an, sich an dem Geschäft zu betheiligen. C will zwar einen Beitrag an das Gesellschaftsvermögen wagen und sich an Gewinn und Verlust, so weit sein Beitrag reicht, betheiligen, aber nicht über seinen Beitrag hinaus haften, indem er an das junge Geschäft nicht zu viel wagen mag. Diesen Zweck kann er damit erreichen, daß er nicht als eigentlicher, sondern nur als stiller Gesellschafter sich an dem Geschäft des A und B betheiligt, welche beiden letzteren hinwieder, wenn sie sich mit ihrer Firma öffentlich ankündigen, mit einander eine offene Gesellschaft, mit C aber eine stille oder Kommanditen-Gesellschaft bilden. Im Verhältniß zu letzterem heißen sie alsdann Kommanditare, während C ihnen gegenüber Kommanditist genannt wird. Das Kommanditenverhältniß bliebe sich gleich, wenn z. B. A allein das fragliche Spezereigeschäft begründete, wie auch, wenn nicht nur C allein, sondern noch Mehrere (z. B. D und E) sich als Kommanditisten betheiligten, m. a. W. der Kommanditar sowohl als der Kommanditist können sowohl eine Einzelperson als eine Gesellschaft sein. Der stille Gesellschafter oder Kommanditist ist daher im Grunde nur Gläubiger des Kommanditars, nicht Miteigenthümer seines Gesellschaftsfondes. Er macht ihm ein Darlehen so, daß er um eines möglichen Gewinnes willen sein eingelegtes Kapital, aber nicht mehr wagt; nach Außen erscheint er somit gar nicht als Gesellschafter und wird als solcher in öffentlichen Bekanntmachungen nicht benannt, widrigenfalls er (wenn er nicht ausdrücklich als Kommanditist benannt wäre) auch als offener Gesellschafter unbedingt haften müßte. Er darf sich aber auch nicht als aktiven Gesellschafter benehmen, widrigenfalls er demjenigen, den er dadurch veranlaßte, ihn für einen solchen zu halten, auch als solcher haften müßte. Vgl. Entwurf e. d. H.-H. III. §§ 63, 67 u. 69.

Eben so wenig darf der Kommanditär (sei dieser ein einzelner Geschäftsmann oder eine Gesellschaft) es dulden, daß der stille Gesellschafter sich als aktiven (offenen) benehme, widrigenfalls er, wenn er nicht öffentlich den Firmaträger ankündigte, die Folgen dieser stillschweigenden Zustimmung im Verhältniß zu Dritten zu tragen hätte, d. h. Gefahr liefe, die Verbindlichkeiten anerkennen zu müssen, welche der stille Gesellschafter im Namen der Gesellschaft einging. Dagegen versteht es sich, daß der Kommanditist Mittheilung der Bilanz und Einsicht der Bücher verlangen kann; wie auch, daß er den einmal bezogenen Gewinn, wenn er nicht auf einer irrigen Bilanz beruht, zu Deckung späterer Verluste nicht mehr herauszugeben braucht. (Mittermaier d. P. R. § 556.

[2]) War dagegen der stille Gesellschafter von dem Kommanditar als Faktor angestellt, so kann er freilich in dieser Eigenschaft den Kommanditar verpflichten. Eben so wird dieser, wenn er den Kommanditisten als Handlungsdiener funktioniren läßt, so weit seine Handlungen anerkennen müssen, als gewöhnlich die Befugnisse eines Handlungsdieners reichen.

Anmerk. 1. Mitunter wird das Kommanditenkapital (die Einlage der Kommanditisten) in Aktien zerlegt, wodurch aber die Natur des Geschäftes resp. des Gesellschaftsvertrages nicht geändert und die stille Gesellschaft keineswegs in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird. Vgl. *Code de Commerce* I. 3 § 38 und Brinckmann § 54. Der Entwurf e. d. H.-G (III. § 70) verbietet jedoch die Ausstellung dieser Aktien auf den Inhaber.

Anmerk. 2. Daß der stille Gesellschafter Rechte und Pflichten auf seine Erben überträgt, versteht sich nach den Grundsätzen des § 445 von selbst.

c. Aktiengesellschaft.

§ 448.

Allgemeine Bestimmungen.

Die Aktiengesellschaft kommt dadurch zu Stande, daß das zu Ausführung eines Unternehmens erforderliche Kapital in eine Anzahl gleicher Theile (Aktien) zerlegt wird, wovon jeder, als Gesellschafter Beitretende einen oder mehrere einzuschießen sich verpflichtet. [1])

Die Uebernehmer (Zeichner) von Aktien sind aber erst dann als Gesellschafter (Aktionäre) verpflichtet, wenn das ausgekündete Gesellschaftskapital durch Aktienzeichnungen vollständig gedeckt ist. [2]) Auch ist ihr Beitritt für sie blos mit Rücksicht auf den bekannt gemachten Gesellschaftszweck verbindlich.

Die Aktiengesellschaft muß sich öffentlich als solche, unter Bezeichnung ihres Vorstandes, ankündigen, widrigenfalls sie in ihren Verhältnissen zu Dritten als einfache Gesellschaft erscheint. [3])

[1]) Z. B. es wird das zur Errichtung einer Spinnerei oder einer Kuranstalt erforderliche, auf Fr. 500,000 veranschlagte Kapital in 250 gleiche Theile oder Aktien à Fr. 2000 zerlegt, wovon jeder als Gesellschafter Beitretende eine oder mehrere übernimmt. Diese Gesellschaftsform ist eine heutzutage sehr gebräuchliche, indem sie sich zum Aufbringen großer Betriebs-Kapitalien am besten eignet.

[2]) Also, im Beispiel von Note 1, erst wenn sämmtliche 250 Aktien abgesetzt sind. Die Zeichnung der Aktien ist demnach für so lange bis das Unternehmen gesichert erscheint, nur als eventuell anzusehen. Als gesichert wird die Ausführung des Unternehmens in der Regel erst durch die Zeichnung sämmtlicher Aktien erscheinen, und zwar auch dann nur in der Voraussetzung, daß die Zeichner die zu Erfüllung ihrer Verpflichtungen erforderlichen ökonomischen Garantien bieten. Vgl. Brinckmann § 61, zürch. Ges. § 1350. Die Zeichnung der Aktien ist im Grunde das Versprechen einen Vertrag einzugehen (ein pactum de contrahendo); der eigentliche Gesellschaftsvertrag wird erst durch die Konstituirung der Gesellschaft errichtet.

[3]) Wenn diese öffentliche Ankündigung nicht erfolgt, so sind Dritte, mit der Gesellschaft in Vertragsverhältnisse sich Einlassende nicht verpflichtet, sich um das Aktienverhältniß zu kümmern und dürfen daher die Gesellschafter als solidarisch haftbar betrachten, während sonst die Aktionäre (laut § 449, 1ster Abs.) nur bis auf den Betrag ihrer Aktien haften. — Die meisten Gesetzgebungen verlangen auch für die Aktiengesellschaften, um möglichem Mißbrauch vorzubeugen, die Genehmigung der Regierung. Unser Gesetz hat indeß diese obrigkeitliche Intervention auf die Fälle des § 94 beschränkt. Die im Interesse der Aktiengesellschaft selbst liegende Bekanntmachung ermöglicht überdies eine öffentliche Kontrolle.

Die Aktiengesellschaft braucht die Namen der Gesellschafter (Aktionäre) nicht zu veröffentlichen, da diese Dritten gegenüber ohnehin nicht in Betracht kommen, indem die Gesellschaft lediglich durch ihre Vorsteher gültig vertreten wird und für die von ihr eingegangenen Verpflichtungen nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber das Privatvermögen der Aktionäre, welche insofern stillen Gesellschaftern gleich zu achten sind, haftet (s. § 449).

§ 449.

Besondere Bestimmungen.

Die Inhaber von Aktien (Aktionäre) betheiligen sich am Gewinn und Verluste des Unternehmens nach Maßgabe ihrer Aktien, haften aber nur mit diesen. [1])

Die Aktien sind übertragbar. [2]) Wurden die Aktienscheine auf den Inhaber (au porteur) ausgestellt, so wird der jeweilige Inhaber eines Aktienscheines als Eigenthümer der betreffenden Aktie vermuthet. [3]) Die Uebertragung der auf den Namen der Aktionäre ausgestellten Aktienscheine bedarf einer Anzeige an den Gesellschaftsvorstand. [4]) Der Austritt eines Aktionärs ist (mit Vorbehalt des § 448) nur durch Uebertragung seiner Aktie, [5]) dessen Ausschluß nur wegen beharrlicher Nichterfüllung seiner Verpflichtungen zuläßig. [6])

Die Vorsteher der Aktiengesellschaft sind in ihrer rechtlichen Stellung den Führern der Firma einer offenen Gesellschaft (§ 446) gleich zu achten. [7])

Im Uebrigen finden die für die Genossenschaften (§ 88, 89, 91, 94—97, 213) geltenden Grundsätze im Zweifel auch auf die Aktiengesellschaften ihre Anwendung. [8])

Hinsichtlich der Amortisation verlorener oder untergegangener [9]) Aktienscheine [10]) gelten die Bestimmungen von § 300.

[1]) Wenn also eine mittelst eines in 25 Aktien zerlegten Betriebskapitals von Fr. 50,000 zu Stande gekommene Glashütte eine Dividende von Fr. 2500 abwirft, so erhält davon jede Aktie $^1/_{25}$, mithin Fr. 100, welche freilich noch keinen eigentlichen Gewinn, sondern blos den Kapitalzins zu 5% repräsentiren. Gleicherweise würde ein Verlust auf sämmtliche Aktien in gleichem Verhältniß zu vertheilen sein. Sollte aber das Unternehmen in Konkurs gerathen, so könnten sich die Gesellschaftsgläubiger blos an das Gesellschaftsvermögen (Glashütte mit Zubehör), an die Aktionäre selbst aber nur soweit halten, als sie ihre Aktien noch nicht voll sollten einbezahlt haben.

[2]) Wie überhaupt die Theilrechte von Genossenschaftsmitgliedern übertragbar sind (§ 213).

[3]) Entgegen den allgemeinen Grundsätzen über Erwerbung des Eigenthums (§ 186) geht das Eigenthum schon mit dem blosen Besitze über und wird jeder Inhaber eines Aktienscheines sofort auch als Aktionär betrachtet (s § 357). Vorbehalten bleibt die Vindikation im Falle erwiesenen unberechtigten Besitzesüberganges und die Amortisation (gemäß § 300).

[4]) Die gültige Abtretung solcher Aktien ist somit unter Lebenden analog den Grundsätzen der Zession (§ 356 1ster Abs.) zu behandeln. Vgl. Entwurf e. d. H.-G. III. § 89 und zürch. Ges. § 1348. Die Aktie erscheint nämlich zugleich als eine Forderung an die Gesellschaft.

[5]) Er kann, nachdem er seine Verpflichtungen erfüllt hat, freilich auch seine Aktien derelinquiren, aber unter keinen Umständen, außer im Falle der Liquidation, auf Herausgabe seines Antheils am Gesellschaftsvermögen dringen, da letzteres als Genossenschaftsgut zu beurtheilen ist (vgl. § 213).

[6]) Dadurch verfällt die betreffende Aktie der Gesellschaft, da eine Ausscheidung des betreffenden Vermögensantheils, wie gesagt, nicht gefordert werden kann. Gewöhnlich gehen diesem Akte wiederholte Mahnungen an den Pflichtigen voraus. Vgl. Entwurf e. d. H.-G. III. § 92.

[7]) Sie sind somit nach Außen die einzigen gesetzlichen Organe der Gesellschaft und üben gegenüber letzterer alle, in den ordentlichen Geschäftsbetrieb einschlagenden Befugnisse aus.

[8]) Daraus folgt namentlich:

1. daß in allen dem Gesellschaftsvertrage nicht zuwiderlaufenden Angelegenheiten, und zwar selbst über Auflösung der Gesellschaft, die, nach Maßgabe der vertretenen Aktien zu berechnende, Stimmenmehrheit entscheidet. Vgl. Brinckmann § 63. Gewöhnlich wird in den Gesellschaftsstatuten für die Stimmberechtigung eine Skala festgesetzt, wonach Aktionäre, die eine gewisse Partie Aktien besitzen, nicht für jede Aktie, sondern je nur für eine Anzahl derselben eine Stimme abgeben. Eine obligatorische Bestimmung findet sich hierüber im Entwurf e. d. H.-G. III. § 97. Es folgt daraus aber auch
2. daß der Aktionär so wenig als das Mitglied einer Genossenschaft vor der Liquidation Ausrichtung für seinen Antheil an dem Gesellschaftsgut verlangen kann. In der Aktiengesellschaft, als der in ihrer Organisation am höchsten stehenden Gesellschaftsform, spitzt sich demnach der Gesellschaftsvertrag nicht nur nach Außen, sondern selbst nach Innen, d. h. im Verhältniß der Gesellschafter zu einander, zu einer juristischen Person zu, dermaßen, daß sie völlig als Genossenschaft aufgefaßt werden kann, indem die einzelnen „Gesellschafter" nahezu in dem mystischen Rechtssubjekt der „Gesellschaft" aufgehen und nur noch als äußerlich wahrnehmbare Träger des letzteren Geltung haben.

[9]) Im ursprünglichen Entwurf hieß es „zu Verlust gekommener", um sowohl die verlorenen als die (etwa in einer Feuersbrunst) untergegangenen und die entwendeten Aktienscheine zu umfassen. In gleicher Weise kann z. B. auch die Amortisation von Eisenbahnobligationen erfolgen.

[10]) Aktienschein (auch kurzweg „Aktie" genannt) ist die das Theilrecht an dem Gesellschaftsvermögen beweisende Urkunde. Da dieses Theilrecht erst durch Einzahlung der entsprechenden Kapitalsquote erworben werden kann, so wird dadurch zugleich diese Einzahlung beurkundet. Gewöhnlich werden daher die Aktienscheine nicht eher an die Aktionäre abgegeben, als bis sie ihre Einzahlung ganz oder wenigstens so weit geleistet haben, daß die Gesellschaft hinsichtlich der noch ausstehenden Raten gesichert erscheint. Bis dahin werden zur Bescheinigung der bezahlten Raten sog. Interimsscheine oder Aktienpromessen, die ihrer Natur nach nicht übertragbar sind, verabfolgt. Um dem Aktienschwindel zu begegnen, setzen verschiedene Gesetzgebungen die Quote der Einzahlung fest, die geleistet sein müsse, bevor Aktienscheine ausgegeben werden können. So bestimmt der Entwurf e. d. H.-G. III. § 87, daß Aktien auf den Inhaber vor erfolgter gänzlicher Einzahlung nicht ausgegeben werden dürfen. Vgl. zürch. Ges. § 1346.

H. Verpfründungsvertrag.

§ 450.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Verpfründungs- (Leibdings-) Vertrag[1]) kommt dadurch zu Stande, daß der Eine (Pfrund- oder Leibdingnehmer, Pfründer) dem Andern (Pfrund- oder Leibdinggeber) sein Vermögen ganz oder theilweise abtritt, wogegen der Pfrundgeber sich verpflichtet, jenem lebenslänglichen Unterhalt zu reichen.

Der Verpfründungsvertrag kann auch auf zukünftiges Ver-

mögen ausgedehnt werden. Im Zweifel wird aber letzteres nicht als in die Verpfründung inbegriffen angesehen.

Verpfründungsverträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit:

1. der schriftlichen Abfassung [2]) und
2. der Genehmigung des für den Wohnort des Pfrundnehmers zuständigen Kreisgerichtes. [3])

Von bevormundeten Personen können nur volljährige bevogtete, und zwar selbst wider ihren Willen, [4]) minderjährige aber unter keinen Umständen [5]) durch Verfügung der vormundschaftlichen Behörde verpfründet werden.

[1]) Es ist dies die bei uns allgemein übliche Bezeichnung. Sonst heißt dieser Vertrag auch Leibzucht, Leibgeding oder Leibverdingsvertrag. Es sind aber letztere Bezeichnungen nicht zu verwechseln mit der umfassenderen Bedeutung des altdeutschen „Leibgeding", das sich auch auf den Leibrentenvertrag und den Nießbrauch (besonders denjenigen der Wittwe an den Liegenschaften ihres Mannes, auch Witthum genannt) bezog. S Anmerk. zu § 458. Eine ähnliche umfassende Bedeutung hatte auch die „Leibzucht". Gewöhnlich, aber nicht nothwendig (wie z. B. das freib. Ges. § 2057 fälschlich annimmt), wird der Verpfründungsvertrag zwischen Eltern (als Pfrundnehmern) und Kindern (als Pfrundgebern) oder andern Notherben abgeschlossen. Alsdann erfolgt die Güterabtretung gleichsam auf Rechnung der zu erwartenden Erbschaft. Dieser Vertrag kommt vorzugsweise bei dem Bauernstande vor.

[2]) Da die obrigkeitliche Genehmigung und meistens auch die Eintragung in die Kauf- und Pfandprotokolle erforderlich ist, so kann die schriftliche Form nicht entbehrt werden.

[3]) Es übt das Kreisgericht hier, wenn es sich auch nicht um eigentlich Bevormundete handelt, gewissermaßen eine obervormundschaftliche Funktion aus, die um so angemessener ist, als die Pfrundnehmer, wenn sie auch eigenen Rechtes sind, doch in der Regel rücksichtlich ihrer körperlichen oder geistigen Kräfte zu der schutzbedürftigeren Klasse gehören, deren selbstsüchtige Ausbeutung durch Solche, die auf ihren Tod spekuliren, möglichst zu verhüten ist. Die nämliche Vorschrift enthielt unser früheres Gesetz über Verpfründung (§ 2).

[4]) Diese Machtvollkommenheit muß den Vormundschaftsbehörden eingeräumt werden, weil die Verpfründung unter Umständen das einzige Mittel ist, um solche Personen dauernd zu versorgen. Immerhin wird bei Anwendung dieses Mittels Vorsicht zu empfehlen sein.

[5]) Durch die Verpfründung Minderjähriger könnte, selbst wenn diese ihre Zustimmung ertheilen sollten, auf höchst bedenkliche Weise ihrem künftigen reiferen Urtheil und ihrer freien Willensbestimmung vorgegriffen werden.

§ 451.

Gerichtliche Genehmigung.

Das Kreisgericht hat einem Verpfründungsvertrag seine Genehmigung zu ertheilen, wenn es sich überzeugt: [1])

1. daß die Bestimmungen des Vertrages hinreichend klar sind;
2. daß der Pfrundnehmer handlungsfähig sei und aus freiem Willen handle oder aber, wenn er bevormundet ist, daß er volljährig sei und die vormundschaftliche Behörde die Bewilligung zur Verpfründung ertheilt habe; [2])

3. daß der Pfrundnehmer von dem Pfrundgeber für Erfüllung der dem letzteren obliegenden Verpflichtungen, und zwar wo möglich hypothekarisch, genügend sicher gestellt werde;[3])
4. daß die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Pfrundgebers für Erfüllung des Vertrages Gewähr bieten;[4])
5. daß Rechte Dritter durch den Vertrag nicht verletzt werden.[5])

[1]) Da der Verpfründungsvertrag sehr tief in das Lebensschicksal des Pfrundnehmers eingreift und letzterer durch denselben sich eines guten Theiles seiner persönlichen Freiheit zeitlebens entschlägt, so ist bei Genehmigung solcher Verträge Vorsicht zu empfehlen, zumal oft der Fall vorkommt, daß Eltern so zu sagen wider ihren Willen von den Kindern zu Eingehung von Verpfründungen gedrängt werden. Vgl. Note 3 zu § 450.

[2]) Es genügt also hiezu nicht die Bewilligung des Vormundes. Vgl. § 103, Ziff. 3.

[3]) Diese Sicherstellung wird, da mit Verpfründungen in der Regel die Abtretung von Liegenschaften verbunden ist, sich meist durch Bestellung einer Hypothek auf den abgetretenen Grundstücken bewerkstelligen lassen. Das zürch. Ges. § 1675 schreibt dieses für den Fall, daß Grundstücke abgetreten werden, obligatorisch vor. Es kann aber eine solche Sicherung auch auf Grundstücken des Pfrundgebers stattfinden. Erst durch Bestellung eines solchen Grundpfandes wird das Recht des Pfrundnehmers zu einem dinglichen, was namentlich die Folge hat, daß es auch im Konkurse des Pfrundgebers gesichert ist.

[4]) Wenn z. B. der Pfrundgeber ein liederlicher und unzuverläßiger oder etwa ein brutaler und gewaltthätiger Mensch ist oder wenn er in bedrängten ökonomischen Verhältnissen sich befindet, so würde die Eingehung eines Verpfründungsvertrages mit demselben sehr bedenklich sein.

[5]) Unter diesen „Dritten" sind hauptsächlich Notherben und Gläubiger verstanden, erstere weil sie verlangen können, daß die Verpfründung nicht dazu benutzt werde, um sie in ihren Erbrechten zu verkürzen (dies nach Anleitung des § 452), letztere weil sie ein wesentliches Interesse haben, daß die Verpfründung so lange nicht vollzogen werde, bis sie für ihre Forderungen befriedigt oder sicher gestellt sind, indem der Pfrundgeber (da er nicht successor universalis, sondern successor singularis des Pfrundnehmers ist) zu Bezahlung der Schulden des Pfrundnehmers, so weit er diese nicht übernahm, nicht verpflichtet ist, es wäre denn, daß der Pfrundnehmer ihm allgemein sein „Vermögen" abgetreten hätte, weil unter „Vermögen" nur die, nach Abzug der Passiven übrigbleibende Aktivität zu verstehen ist. Es lassen sich aber auch anderweitige Einsprachen gegen eine Verpfründung denken, z. B. wenn dadurch mit Dritten eingegangene Vertragsverhältnisse (wie etwa die Verpflichtung, einem Andern ein Wohnrecht einzuräumen), oder dem Pfrundnehmer (gegen Eltern, Gattin u. s. w.) obliegende Alimentationspflichten verletzt würden.

§ 452.

Weiteres Verfahren.

Zur Ermittelung allfälliger Rechte Dritter, beziehungsweise Bereinigung daheriger Anstände, soll das Gericht, insofern es im Uebrigen den Verpfründungsvertrag genehm hält, die beabsichtigte Verpfründung, unter Ansetzung einer angemessenen Nothfrist zur Anmeldung allfälliger Einsprachen, verbunden mit einem Rechnungsruf (§ 138 ff.) durch das Amtsblatt zur öffentlichen Kenntniß bringen.[1])

Zur Einsprache sind Notherben, immerhin nur mit Rücksicht auf ihren Pflichttheil (§ 509) in so weit berechtigt, als die von dem Pfrundgeber übernommenen Leistungen außer allem billigen Verhältnisse zu denjenigen des Pfrundnehmers stehen. [2])

Einsprache erhebende Notherben sind, unter Ansetzung einer Nothfrist zum Rechtsanzug, auf den ordentlichen Rechtsweg zu weisen. [3])

Nach Ablauf der angesetzten Meldungsfristen, beziehungsweise Erledigung der erhobenen Anstände, ist der Verpfründungsvertrag gerichtlich auszufertigen und, so weit es sich um Liegenschaften handelt, in das Grund- und Pfandprotokoll einzutragen. [4])

[1]) Diese Bekanntmachung ist hier deßhalb obligatorisch, weil ohnehin jede Verpfründung zu dem Zwecke zur öffentlichen Kenntniß gebracht werden müßte, damit Dritte sich vorsehen mögen, mit dem Pfrundnehmer sich in Vertragsverhältnisse zu leicht einzulassen.

Die Länge der anzusetzenden Nothfrist hängt von den Umständen ab. Erwartet man z. B. Einsprachen aus Amerika, so ist die Frist natürlich länger anzusetzen.

[2]) Es würden hiebei einerseits der Werth des von dem Pfrundnehmer abgetretenen Vermögens, anderseits die Bedürfnisse und die wahrscheinliche Lebensdauer desselben in Betracht kommen. Nur wenn die Gegenleistung des Pfrundgebers in gar keinem billigen Verhältnisse zu den Leistungen des Pfrundnehmers steht, kann auf die Absicht, die Notherben in ihrem Pflichttheil zu verkürzen, geschlossen werden und steht letzteren ein, der Anfechtung inoffiziöser Schenkungen analoges Einspruchsrecht zu. Im Zweifel ist aber der Verpfründungsvertrag aufrecht zu erhalten. Das s o l o t h. Ges. § 1253 verpflichtet den Regierungsrath (welchem die diesfällige Entscheidung übertragen ist), den Pfrundvertrag zu genehmigen, „in sofern sich nicht ergibt, daß nach der wahrscheinlichen Lebensdauer des Pfrundnehmers und seinen Bedürfnissen und Gewohnheiten keine übermäßige Summe abgetreten werde.“

[3]) Die Ansetzung einer Nothfrist zum Rechtsanzug ist erforderlich, um chikanöses Herumziehen abzuschneiden und möglichst bald die Verpfründungsfrage zur Erledigung zu bringen.

[4]) Unter den K o n t r a h e n t e n wird der Vertrag mit dem Tage der gerichtlichen A u s f e r t i g u n g rechtskräftig, die gültige Uebertragung von Grundeigenthum und Bestellung von Grundpfändern erfolgt erst mit dem Tage der Eintragung in die öffentlichen Protokolle.

§ 453.

Gegenseitige Verpflichtungen.

Der Pfrundgeber hat den Pfrundnehmer als Familienglied zu behandeln. Er hat, so weit der Vertrag nicht genauer vorsieht, den, seinen (des Pfrundgebers) Verhältnissen und den Bedürfnissen des Pfrundnehmers entsprechenden Unterhalt, insbesondere an Nahrung, Kleidung und Obdach, zu reichen, so wie ihn in Krankheitsfällen zu versorgen. [1])

Der Pfrundnehmer hat sich der Hausordnung des Pfrundgebers, so weit Abweichungen nicht durch besondere Umstände geboten sind, zu unterziehen, ist jedoch zu persönlichen Dienstleistungen nicht verpflichtet. [2])

Der Pfrundvertrag kann weder von dem Pfrundgeber noch von dem Pfrundnehmer an Andere abgetreten werden.[3]

[1]) Vgl. zürch. Ges. §§ 1685 und 1690. Die Leistungen des Pfrundgebers sind im Zweifel einerseits nach den Verhältnissen des Pfrundgebers und anderseits, nach den Bedürfnissen des Pfrundnehmers zu bemessen. Beide Faktoren sind gegen einander, unter Berücksichtigung auch der Uebung und des Standes der Kontrahenten, abzuwägen. Luxuriöse oder eingebildete Bedürfnisse des Pfrundnehmers werden in der Regel nicht zu berücksichtigen sein.

Es versteht sich übrigens, daß weder Mißwachs noch andere Unglücksfälle den Pfrundgeber seiner vertragsmäßigen Verpflichtungen entheben. S. Mittermaier deutsches Privatrecht § 291.

[2]) Wenn der Pfrundnehmer die Rechte eines Familiengliedes hat, so hat er auch umgekehrt die Pflicht, sich der Hausordnung zu fügen — vorbehalten natürlich besondere körperliche Umstände, z. B. das Bedürfniß häufiger etwas zu genießen.

Zu Dienstleistungen ist er nicht verpflichtet, dagegen versteht es sich, daß er die Leistung des Pfrundgebers nicht dadurch, daß er andere nicht Mitverpfründete (z. B. seine Frau) an dem Pfrundgenusse Theil nehmen läßt, erschweren darf. Mitermaier d. P. R. § 291.

[3]) Der Verpfründungsvertrag ist ein für beide Theile durchaus persönlicher. Es kann daher eben so wenig der Pfrundnehmer als der Pfrundgeber sich durch einen Andern substituiren. Mittermaier a. a. O. und zürch. Ges. § 1688.

§ 454.

Beendigung des Pfrundvertrages.

Wenn der eine oder andere Theil seine Verpflichtungen gröblich und beharrlich verletzt, so kann der Unschuldige auf Auflösung des Vertrages klagen.[1]) Der Vertrag kann ferner auch aufgelöst werden, wenn unvorhergesehene Umstände und Verhältnisse die Fortsetzung desselben nicht wohl möglich machen.[2])

Vorbehalten bleibt die Schadloshaltung des zur Auflösung nicht Veranlassung Gebenden,[3]) die für den Pfrundnehmer auch darin bestehen kann, daß er auf Kosten des Pfrundgebers anderwärts auf die bedungene Weise versorgt wird.[4])

Der Vertrag erlischt durch den Konkurs und im Zweifel auch durch den Tod des Pfrundgebers,[5]) so zwar, daß dessen Rechtsnachfolgern, so weit der Pfrundnehmer durch Wiederempfang des von ihm seiner Zeit abgetretenen Vermögens nachweisbar bereichert würde, ein Entschädigungsanspruch zusteht.[6])

[1]) Unser früheres Gesetz § 11 gab ein solches Klagrecht nur dem Pfrundnehmer; allein es muß ein solches auch dem Pfrundgeber zustehen, wenn z. B. ersterer sich der Hausordnung durchaus nicht fügen will. Auch das soloth. Ges. § 1260 gestattet diese Klage nur dem Pfrundnehmer, und zwar nicht auf Auflösung, sondern nur auf anderweitige Versorgung.

[2]) Diese Bestimmung ist analog den entsprechenden über den Dienstvertrag und Gesellschaftsvertrag (§§ 429 u. 443).

Solche unvorhergesehene Umstände wären z. B. die Verehelichung des Pfrundnehmers oder der Wegzug des Pfrundgebers; zu den zur Auflösung berechtigten Verhältnissen gehört namentlich ein dauerndes und allem Anschein nach unheilbares Zerwürfniß zwischen den Kontrahenten, wodurch das Zusammenleben unverträglich würde. Vgl. zürch. Ges. §§ 1687 und 1689.

³) Danach kann nicht nur der Pfrundgeber (wie das zürcher Gesetz annimmt), sondern je nach Umständen auch der Pfrundnehmer schadensersatzpflichtig werden, insofern er z. B. durch Mißachtung der Hausordnung oder zum Zweck seiner Verehelichung die Auflösung des Vertrages veranlaßt, vorausgesetzt, daß der Pfrundgeber wirklich dadurch einen nachweisbaren Schaden erleidet. Es könnte aber letzterem unzweifelhaft ein empfindlicher Nachtheil dadurch erwachsen, daß die Leistungen an den Pfrundnehmer weit erheblicher als der Ertrag des verpfründeten Vermögens waren, während ihm nun durch das Erlöschen des Vertrages die Chance, auf die er rechnete, daß ihm nämlich dieses Vermögen bald unbeschwert zufallen werde, entgeht.

⁴) Unser altes Ges. § 11 stellte dem Pfrundnehmer frei, darauf zu klagen. Allein besser ist es, dem richterlichen Ermessen auch hier nicht vorzugreifen. Je nach Umständen, besonders bei geringerer Verschuldung des Pfrundgebers und wenn der Pfrundnehmer nur mit unverhältnißmäßigen Kosten anderwärts unterzubringen wäre, dürfte dies für den Pfrundgeber zu beschwerlich werden. Es kommt überhaupt hiebei viel auf die besonderen Verhältnisse an.

⁵) Durch den Konkurs des Pfrundgebers erlischt der Vertrag, weil dadurch der Pfrundnehmer die Gewähr für dessen Vollziehung wesentlich verliert, durch den Tod des Pfrundgebers erlischt er, weil im Zweifel anzunehmen ist, der Pfrundnehmer habe auch mit Rücksicht auf die Person des Pfrundgebers den Vertrag eingegangen.

⁶) Wenn z. B. der Pfrundnehmer A, der wahrscheinlich noch etwa 10 Jahr zu leben hat, mit einem Vermögen von etwa Fr. 10,000 sich bei B verpfründet und zwar so, daß sein Unterhalt letzteren jährlich auf Fr. 1000 zu stehen kommt, so würde A, wenn nach 5jährigem Bestande des Pfrundvertrages ihm seine vollen Fr. 10,000 erstattet würden, allerdings bereichert erscheinen, indem er fortan für seine wahrscheinlich noch bevorstehende 5jährige Lebensdauer davon doppelt so gut leben könnte, als er es vor 5 Jahren gekonnt hätte.

I. Leibrentenvertrag.

§ 455.

Allgemeine Bestimmungen.

Der entgeltliche Leibrentenvertrag kommt dadurch zu Stande, daß Einer (der Leibrentennehmer oder Leibrentenkäufer) einem Andern (dem Leibrentengeber oder Leibrentenverkäufer) eine einmalige oder in Terminen zu vollziehende Leistung an Geld oder anderen, eigenthümlich abzutretenden Sachen verspricht, wogegen der Leibrentengeber dem ersteren lebenslänglich bestimmte Jahresrenten zu bezahlen sich verpflichtet. ¹)

Die Bezahlung einer Leibrente kann auch von der Lebensdauer eines Andern abhängig gemacht ²) oder zu Gunsten eines Dritten bedungen werden.

Der Leibrentenvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form. ³)

¹) Durch denselben kann auch das ganze Vermögen abgetreten werden. Auch dann noch unterscheidet er sich von dem Verpfründungsvertrage wesentlich dadurch, daß die Gegenleistung nicht in dem Unterhalt, sondern in einer fixen Rente besteht. Derselbe hat daher selbst in diesem Falle keineswegs den persönlichen

Charakter des Pfrundvertrages, denn der Rentenbezüger kann ja seine Rente wo und wie er will verzehren. Es versteht sich daher sowohl, daß der Rentenbezüger über seine Rente frei verfügen und sie an Andere abtreten kann, als daß die Verpflichtung zur Rentenzahlung auf die Erben des Rentengebers übergeht, wofern sie nicht ausdrücklich auf dessen Lebensdauer beschränkt war.

Auch versteht es sich, daß das Recht des Rentenbezügers nur ein persönliches ist, es sei denn, daß es hypothekarisch sichergestellt worden wäre. Derselbe muß sich daher, im Falle letzteres nicht geschah, beim Konkurse des Rentenpflichtigen es sich gefallen lassen, unter die Korrentgläubiger eingereiht zu werden. Seine Forderung wird er alsdann so zu kapitalisiren haben, daß er durch Einlage des entsprechenden Kapitals sich anderswoher (etwa bei einer Rentenanstalt) eine ebenso große Rente als seine bisherige verschaffen könnte. Was die Gläubiger des Leibrentenbezügers betrifft, so können dieselben natürlich nur auf die Rente greifen. Die Schulden desselben gehen auf den Rentenpflichtigen so wenig über, als diejenigen des Pfrundnehmers auf den Pfrundgeber, es wäre denn, daß der Rentennehmer dem Rentengeber allgemein sein ganzes „Vermögen" abgetreten hätte. S. Mittermaier d. P. R. § 501. Vgl. zürch. Ges. § 1702.

In neuerer Zeit sind es meist auf Aktien beruhende Anstalten, mit welchen derlei Verträge abgeschlossen werden. Hinsichtlich der Aufsicht der Regierung über Rentenanstalten s. § 94. Verwandt mit diesen Leibrentenverträgen sind die sog. Lebens- und Todesversicherungen. — Die Leibrente kann auch unentgeltlich bestellt werden. Alsdann ist sie aber als Schenkung zu beurtheilen.

[2]) Der Rentenbezug kann auch von der Lebensdauer des Rentenpflichtigen selbst abhängig gemacht werden. Daß der auf den Kopf eines, zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits verstorbenen Menschen gestellte Leibrentenvertrag ungültig ist, versteht sich. Partikulargesetze (freib. Ges. § 2006 und neuenb. § 1597) schreiben dessen Nichtigkeit auch vor, wenn der Mensch, auf den er gestellt ist, innert 20 Tagen nach dem Vertragsabschlusse an einer Krankheit, von der er schon damals befallen war, stirbt.

[3]) Diese ist unerläßlich, um dem auf das ganze Leben berechneten Geschäft die nöthige Sicherheit zu geben. Eine gerichtliche Genehmigung ist dagegen hier nicht nothwendig:

1. weil bei dem Leibrentenvertrag weit seltener als bei dem Verpfründungsvertrag das ganze Vermögen abgetreten wird;
2. weil ersterer nicht, wie dieser, persönlicher Natur, daher für den Rentennehmer weit weniger bedenklich, als der Pfrund-Vertrag für den dadurch in persönliche Abhängigkeit gerathenden Pfrundnehmer ist;
3. weil der Leibrentenvertrag nicht wie der Verpfründungsvertrag meist von abhängigen oder altersschwachen, daher größeren Schutzes bedürftigen Leuten eingegangen wird. Die Rechte Dritter sind übrigens auch bei dem Leibrentenvertrag durch den folgenden § zur Genüge geschützt. Vgl. zürch. Ges. Note ad § 1691.

Anmerk. Leibrentenverträge kommen schon in unsern älteren Urkunden, und zwar unter dem Namen „Leibgeding" vor. So schenkte Ambr. v. Cristas dem Kloster Churwalden den 23. April 1279 verschiedene Güter „tali addito pacto, ut quam diu vixero mihi nomine dotis quod vulgo dicitur *lipgedinge* quatuor solidos mercedis videlicet . . . . . prepositus et conventus, qui pro tempore erunt, an nuatim . . . . . persolvere teneantur." Unter „Leibgeding" wurde jedoch auch jeder lebenslängliche Nießbrauch verstanden. So überläßt das Kloster St. Lucius den 8. Juni 128[?] an Rud. v. Coloma und seine Frau Güter um den Preis von 44 Pfd. „venditionis nomine, quae vulgariter dicitur *Libding* ita ut si unus dictorum alium supervixerit, praedicta bona habere debeat tempore vitae suae et eis duobus mortuis praedicti agri esse debent ecclesiae nostrae libere absoluti." Das Verhältniß ist hier so zu denken, als ob nur der Nutzen, nicht das Eigenthum vom Kloster verkauft wurde. Da sich jedoch das Kloster gleichzeitig zur Anerkennung seines noch fortdauernden Eigenthumsrechtes (pro testimonio praedicti)

einen kleinen Jahreszins (unum denarium nomine census) ausbedingt, streift dieser Vertrag schon an eine Belehnung (Mohr Cod. II. Nr. 4 und 7).

§ 456.
Rechte Dritter.

Ein Leibrentenvertrag kann nur insofern er eine Schenkung verhüllt und alsdann nur in so weit als es bei einer Schenkung zulässig ist (§ 371 ff), von Gläubigern, Unterstützungspflichtigen und Notherben angefochten werden. [1])

Eine Schenkung kann nur vermuthet werden, wenn die von dem Leibrentengeber übernommene Verpflichtung außer allem billigen Verhältniß zu der Verpflichtung des Leibrentennehmers steht. [2])

[1]) Ein Leibrentenvertrag könnte natürlich dadurch so gut als der Verpfründungsvertrag zur Benachtheiligung Dritter, besonders von Erben, benutzt werden Eine solche Absicht, den Rentenpflichtigen zum Nachtheil Dritter zu bereichern, kann aber nur vermuthet werden, wenn der Werth des Abgetretenen außer allem billigen Verhältnisse größer als der Werth der versprochenen Gegenleistung ist. Zur Beurtheilung, ob und wie weit dieses der Fall ist, werden die Statuten solider Rentenanstalten einen Maßstab an die Hand geben. Im Zweifel wird der Leibrentenvertrag wie der Verpfründungsvertrag aufrecht zu erhalten sein. Ist eine unstatthafte Schenkung nachzuweisen, so kommen die §§ 371 ff. in Anwendung. Vgl. preuß. L. R. I. 11 § 637—646.

[2]) Sie kann nur, muß aber nicht vermuthet werden, denn die Umstände können der Art sein, daß z. B. nicht Schenkung, sondern Betrug anzunehmen ist.

K. Versicherungsvertrag.

§ 457.
Allgemeine Bestimmungen.

Der Versicherungsvertrag kommt dadurch zu Stande, daß Einer (der Versicherer) dem Andern (dem Versicherten) einen benannten Schaden [1]) zu verguten verspricht, der den letzteren (beziehungsweise seine Erben) an einem zu einem bestimmten Werth angeschlagenen [2]) Gegenstand oder ökonomischen Interesse [3]) während eines begränzten Zeitraumes [4]) treffen könnte; wogegen der Versicherte dem Versicherer für die übernommene Gefahr ein bestimmtes Entgelt (Prämie) zu entrichten sich verpflichtet. [5])

Die Versicherung kann auch gegenseitig, und zwar ohne Prämienzahlung stattfinden, in welchem Falle jeder sich Betheiligende Versicherer und Versicherter zugleich ist. [6])

Lebens- und Todesversicherungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Beurkundung. [7])

Hinsichtlich der gegenseitigen Verpflichtung des Versicherers und des Versicherten gelten zunächst die Bestimmungen des Versicherungsvertrages.

1) Die Gefahr, wegen welcher versichert wird, muß speziell bezeichnet werden. Die gewöhnlichsten Versicherungen dienen zur Sicherstellung gegen Feuersgefahr, Hagelschlag, Viehseuche, und gegen die Gefahren des Land- oder Seetransportes. Es ist freilich auch die Versicherung gegen jede, eine Sache möglicherweise treffende Gefahr möglich, nur muß dieß ausdrücklich gesagt sein.

2) Es ist dies ein nothwendiges Erforderniß für den Vertrag; denn der Werthanschlag gibt den Maßstab sowohl zu Bestimmung der Prämie als zu Ausmittlung der Entschädigung für den Fall des Unterganges oder der Beschädigung der Sache.

3) Die Versicherung eines bloßen ökonomischen Interesses findet namentlich statt bei den uneigentlich sog. Lebens- und Todesversicherungen. Durch erstere nämlich (wonach dem Versicherten für den Fall, daß er ein gewisses Alter erreicht, eine gewisse Versicherungssumme ausbezahlt werden soll) sichert man sich oder seine Familie gegen die, vermöge Abnahme der Erwerbskraft durch Krankheit oder Alter u. s. w. drohenden ökonomischen Nachtheile. Durch letztere (wonach auf den Fall des Ablebens des Versicherten seinen Erben eine gewisse Versicherungssumme ausbezahlt werden soll) sichert man seine Familie gegen die in Folge seines Ablebens sie bedrohenden ökonomischen Nachtheile.

4) Meist ist der Zeitraum bestimmt, z. B. auf ein oder mehrere Jahre. Bei gewissen Versicherungsarten, namentlich bei den Lebens- und Todesversicherungen, wohl auch bei Frachtversicherungen, ist er zwar nicht bestimmt (da z. B. die Dauer des Lebens oder Transportes nicht mathematisch gewiß ist), aber doch begrenzt (denn es muß z. B. jedes Leben und jeder Transport ein Ende nehmen). War die Zeitdauer bestimmt, so beginnt die Versicherung mit deren erstem Tage (beziehungsweise auch mit dem Moment des Vertragsabschlusses) und endigt mit dem letzten. Frachtversicherungen z. B. beginnen dagegen in der Regel mit dem Momente der Verladung und endigen mit der Abladung. War der versicherte Gegenstand schon bevor die Versicherung in Wirksamkeit trat, beschädigt oder untergegangen, so haftet der Versicherer selbstverständlich dafür nicht. Partikularrechte, wie z. B. preuß. L. R. II. 8. § 2172 ff. und *Code de Commerce* II. X. § 328 und 341 enthalten über die Zeit der Gefahr besondere Bestimmnungen. War bei der Frachtversicherung die Route bedungen, so wird der Versicherer, so weit von derselben ohne seine Einwilligung abgewichen wird, befreit. Vgl. *Code de Commerce* II. X. § 351.

5) Die Prämie muß gewöhnlich vorausbezahlt werden, in der Weise, daß der Versicherungsschein (Police), wodurch der Vertragsabschluß beurkundet wird, erst gegen Bezahlung derselben dem Versicherten ausgehändigt wird.

6) Alsdann entsteht unter den Kontrahenten eine Art Gesellschaftsvertrag in der Art, daß der den einen oder andern derselben treffende Schaden von allen gleichmäßig getragen wird. Es ist diese Form namentlich üblich bei Feuerversicherungen, wohl auch bei Versicherungen gegen Viehseuche und Hagelschaden. Die gegenseitige Feuerversicherung ist gewöhnlich verbunden mit der obligatorischen, unter Leitung und Kontrolle des Staates stehenden Versicherung, wonach alle innert dem Staatsgebiet befindlichen Gebäulichkeiten sich versichern lassen müssen. Bekanntlich besteht diese Versicherungsweise in den meisten Kantonen der Schweiz. Sie dürfte aber im Lichte einer gesunden Staatswirthschaft kaum zu billigen sein.

7) Es genügt somit die Ausstellung einer Police. Partikulargesetze schreiben für jeden Versicherungsvertrag die schriftliche Form vor. Es ist aber nicht abzusehen, warum diese für den Versicherungsvertrag im Allgemeinen nothwendiger als für andere Verträge sein sollte. Oeffentliche Versicherungsanstalten werden sich übrigens ohnehin der schriftlichen Form bedienen. Die Ausnahme hinsichtlich der Lebens- und Todesversicherungen rechtfertigt sich aus denselben Gründen wie die schriftliche Form für Leibrentenverträge.

§ 458.

Pflichten des Versicherten.

Der Versicherte ist pflichtig, den zu versichernden Gegenstand

nicht über seinen wahren Werth anzuschlagen [1]) und den Versicherer von den Umständen zu unterrichten, welche die Gefahr des versicherten Gegenstandes wesentlich vermehren. [2])

Der Versicherte hat (mit Vorbehalt der gegenseitigen Versicherung) dem Versicherer die bedungene Prämie, gleichviel ob der befürchtete Schaden wirklich eingetreten sei oder nicht, pünktlich zu entrichten.

Er hat endlich den eingetretenen Schaden, nachdem er ihn in Erfahrung gebracht, möglichst schleunig dem Versicherer zur Kenntniß zu bringen. [3])

[1]) Uebertriebene Versicherungen wären gegen die Natur des Versicherungsvertrages, der nur den reellen Schaden decken soll, und würden als Glücksspiele anzusehen sein. Wohl aber steht es dem Versicherten frei, die Sache niedriger zu versichern. Vgl. Mittermaier d. P. R. § 302. Absichtlich ist in dem Text nur von dem zu versichernden „Gegenstand" die Rede, da bei Lebens- und Todesversicherungen die Bestimmung der Versicherungssumme lediglich in die Willkür der Kontrahenten gestellt ist, indem eine Werthschätzung des betreffenden ökonomischen Interesses durchaus individuell ist. Ein Zusatz des Entwurfes, lautend: „So weit er eine Sache erweislich (wenn auch vermöge mehrfacher Versicherungsverträge) über ihren wahren Werth hinaus versicherte, steht ihm kein Klagrecht zu; handelte er hiebei erweislich unredlich, so wird der Versicherer seiner Verpflichtung entbunden" wurde von der zweiten Kommission gestrichen.

[2]) Es gilt dies nicht blos bei Eingehung des Vertrages, sondern auch während der Dauer desselben, immerhin nur mit Bezug auf wesentliche Umstände. Unterläßt der Versicherte dies, so wird der Vertrag, wenn es nicht arglistig geschah, zwar dadurch nicht nichtig, doch übernimmt derselbe die von den verschwiegenen Umständen drohende Gefahr. Vgl. Mittermaier a. a. O. Noch strenger ist das preuß. L. R. II. 8. §§ 2026 und 2118.

[3]) Es ist dieses nöthig, damit der Versicherer in den Stand gesetzt werde, die zu Ausmittlung des erfolgten Schadens und allfällig auch zu Minderung des letzteren erforderlichen Maßregeln zeitig zu ergreifen. Die Säumniß des Versicherten beraubt ihn nicht unbedingt seines Anspruches auf die Versicherungssumme, wohl aber ist er dem Versicherer für den ihm dadurch verursachten Nachtheil verantwortlich. Vgl. Mittermaier a. a. O. Wohl zu weit geht das zürch. Ges. § 1730. Bestimmte Zeitfristen zur Anzeige schreiben vor das preuß. L. R. II. 8. § 2164 und österr. Ges. § 1290 und letzterem folgend auch mehrere Schweizergesetze. Es sind aber solche Fristbestimmungen zu kasuistisch.

§ 459.

Pflichten des Versicherers.

Der Versicherer hat den während der Versicherungszeit eingetretenen Schaden, [1]) dessen Gefahr er übernahm, dem Versicherten sofort zu verguten, jedoch nur insofern und insoweit derselbe nicht erweislich in Folge grober Fahrläßigkeit oder durch Absicht des Versicherten eintrat. [2])

[1]) S. Note 4 zu § 457.

[2]) Der Schaden wird in der Regel amtlich oder durch gemeinschaftlich bestellte Sachverständige zu ermitteln sein. Das Verfahren regeln meistens die Statuten der Versicherungsanstalten.

Der Beweis, daß sich der Versicherte Arglist oder grobe Fahrläßigkeit habe zu

Schulden kommen lassen, liegt dem Versicherer ob, wogegen eine blos geringe Fahrläßigkeit jenem wohl nicht angerechnet werden kann, da es ja zum Theil Zweck der Versicherung ist, sich einer allzu ängstlichen Sorge um den Versicherungsgegenstand dadurch zu entledigen. Vgl. Mittermaier a. a. O. Es geht daher das österr. Ges. § 1288 zu weit, wenn es den Versicherer nur für den zufälligen Schaden haftbar erklärt.

Es wird wohl auch verlangt, daß der Versicherte sich angelegen sein lasse, die Größe des Schadens, nachdem der Unfall (z. B. die Feuersbrunst) eingetreten ist, möglichst zu vermindern. Vgl. Mittermaier a. a. O. Selbstverständlich ist es, daß der Versicherte nichts vornehmen darf, wodurch die Gefahr für das Versicherungsobjekt vergrößert wird. S. zürch. Ges. § 1727.

Anmerk. Partikulargesetze schreiben kürzere Verjährungsfristen ($^1/_2$- bis 2jährige, je nachdem der Schaden sich in oder außer Europa ereignete) vor. Vgl. preuß. L. R. II. 8. §§ 2346–2349, *Code de Commerce* II. X. § 373, zürch. Ges. § 1739. Ferner enthalten Partikulargesetze besondere Vorschriften mit Rücksicht auf den Konkurs des Versicherers oder des Versicherten, meist in dem Sinne, daß durch den Konkurs des einen der andere seiner ferneren Verpflichtungen enthoben werde, wofern die Masse des ersteren nicht Sicherheit für die eigene Erfüllung leiste. Vgl. *Code de Commerce* II. X. § 346, freib. Ges. § 1994, zürch. Ges. § 1724 und § 1738. Allein es reicht für diesen Fall der § 337 vollkommen aus, wonach ein Kontrahent gegen den andern auf Erfüllung nicht klagen kann, sofern er selbst zu Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen erweislich unfähig geworden ist.

L. Glücksverträge.

§ 460.

Allgemeine Bestimmungen.

Glücksverträge sind vorzugsweise: Spiel, Lotterie und Wette. [1])

Spielverträge kommen dadurch zu Stande, daß Zwei oder Mehrere gegenseitig demjenigen, der im Spiel obsiegen wird, eine bestimmte Leistung versprechen.

Lotterien (Ausspielverträge) kommen dadurch zu Stande, daß auf Grund eines Lotterieplanes Loose in dem Sinne veräußert werden, daß deren Erwerber eine, nach Maßgabe des Planes bedingte, Anwartschaft auf auszuspielende Summen oder Sachen erhalten. [2])

Wetten werden dadurch eingegangen, daß Zwei oder Mehrere gegenseitig demjenigen, dessen Behauptung sich als wahr erweisen wird, eine bestimmte Leistung versprechen.

[1]) Es unterscheiden sich die Glücksverträge (auch aleatorische Verträge genannt), die wesentlich auf den Zufall gestellt sind und Gewinn oder Verlust beabsichtigen, von dem Hoffnungskaufe, wodurch die Anwartschaft auf eine Sache, deren Existenz überhaupt oder wenigstens der Quantität nach ungewiß ist, erworben wird (emtio spei und rei speratae), z. B. dem Kauf einer noch nicht gefallenen Erbschaft oder noch nicht geerndteter Früchte. Freilich könnten Lotterien auch zu den Hoffnungskäufen gezählt werden, wenn sie nicht vorzugsweise auf einem Glücksspiel beruhten. Eben dieser Umstand rechtfertigt es aber, sie als eine Art der Spielverträge zu behandeln.

²) Diese umfassen nach der gegebenen Definition sowohl die Lotterieen im engeren Sinn, wodurch die Anwartschaft auf die auf gewisse Loose fallenden Geldgewinnste, als den Ausspielvertrag im engeren Sinne, wodurch der Verkauf von Sachen beabsichtigt wird. Es unterscheiden sich diese Arten der Lotterie aber nicht sowohl durch ihre rechtliche Natur als durch die relativ geringere Gefährlichkeit der letzteren gegenüber den ersteren.

§ 461.

Beschränktes Klagerecht.

Aus Spielverträgen, insofern diese nicht vorzugsweise die Ausbildung körperlicher oder geistiger Kräfte zum Zwecke haben, [1]) aus den polizeilich verbotenen Ausspielverträgen, [2]) so wie aus den Wetten jeder Art [3]) können keine Klagerechte auf Erfüllung der versprochenen Leistung erworben, noch können die daherigen Forderungen mit anderartigen kompensirt werden. [4])

Klagbare Spielforderungen können von dem Richter je nach Umständen ermäßigt werden. [5])

Die wissentlich zu polizeilich verbotenen Glücksverträgen gemachten Darlehen sind ebenfalls unklagbar. [6])

Was vermöge unklagbarer Glücksverträge bezahlt wurde, kann indeß, wenn nicht Arglist des Gewinnenden bewiesen werden kann, nicht zurückgefordert werden. [7])

¹) Die Unklagbarkeit der Spielverträge im Allgemeinen ist nicht nur gemeinrechtlich, sondern auch in alle neueren Gesetze übergegangen. Die Ausnahme, die der Text von diesem Grundsatze macht, war schon im röm. Rechte begründet (L. 2. D. de aleator. XI. 5. „Senatus consultum vetuit, in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo, saliendo, luctando, pugnando quod virtutis causa fit.") Auch neuere Gesetze machen diese Ausnahme. S. *Code Nap.* § 1966 und mehrere Schweizergesetze in verschiedenen Variationen. Nicht mit der Unklagbarkeit der Spielforderungen zu verwechseln ist das polizeiliche Verbot gewisser Spiele, namentlich der Hazardspiele.

²) Unser Gesetz über Lotterien vom 17. Juli 1830 verbot jegliche Lotterien, der Zusatz vom 8. Okt. 1850 gestattet jedoch das Ausspielen inländischer Erzeugnisse unter amtlicher Aufsicht. Gemeinrechtlich sind Lotterieverträge nicht nur erlaubt, sondern auch klagbar. Mittermaier d. P. R. §§ 299 und 300. Daher sind in obigem Artikel nur die polizeilich verbotenen Lotterieen für unklagbar erklärt.

³) Die Wetten sind zwar gemeinrechtlich, sofern sie nicht über Spiele angestellt werden, klagbar. S. Thibaut Pand. § 576 und Mittermaier d. P. R. § 297. Das neuere Recht hat indessen nach Vorgang des *Code Nap.* § 1965, durchgängig die Wetten für unklagbar erklärt, von der unzweifelhaft richtigen Ansicht ausgehend, daß Wetten mindestens eben so verführerisch als Spiele werden können, und daß letztere im Grunde auch nur Wetten sind. Vgl. österr. Ges. §§ 1271 und 1272 und fast alle schweizerischen Gesetzgebungen. Das preuß. L. R. I. 11. § 579 erklärt nur diejenigen für klagbar, deren Betrag Dritten in Verwahrung gegeben wurde.

⁴) Es ist dies eine Folge der Unklagbarkeit der Forderung.

⁵) Der Richter wird hiebei vorzugsweise auf die Vermögensverhältnisse des Verlierenden Rücksicht zu nehmen haben. Der *Code Nap.* gibt dem Richter nur die Befugniß, „die Klagen zu verwerfen, wenn ihm die Summe übermäßig scheint."

[6]) Es gilt dies natürlich nur dann, wenn dem Darlehner bekannt war, daß sein Darlehen zu einem Glücksvertrag bestimmt sei. Das Nämliche gilt wohl auch gemeinrechtlich, wenigstens nach Ansicht Thibaut's (§ 5[75]). Vgl. zürch. Ges. § 1769 und preuß. L. R. I. 11. § 581.

[7]) Eine Arglist müßte z. B. bei Lotterieen stets angenommen werden, wenn die Ausspieler oder Kollekteurs, nachdem sie die Loose abgesetzt, sich hinter dem Lotterieverbot verschanzend, dem Lotterieplan keine Folge geben wollten. Die Ausnahme ist selbstverständlich, weil durch Betrug und Arglist überhaupt keine Rechte erworben werden können und kein Anderer dadurch auch nur naturaliter verpflichtet werden kann. Die grundsätzliche Unzuläßigkeit einer Rückforderung des für Spielschulden Bezahlten ergibt sich übrigens aus § 468 letzter Absatz. Das zürch. Ges. läßt das durch verbotene Spiele Gewonnene der Gemeindsarmenkasse zufallen. Das röm. Recht gestattet auch in andern Fällen die Rückforderung. S. Thib. § 575 und Puchta § 258. Mit obiger Bestimmung stimmen dagegen die meisten neueren Gesetze überein.

Anmerk. Spielforderungen galten bei uns allgemein als nicht klagbar. Doch sprachen sich die Statuten darüber verschieden aus. Im Oberbund war alles Spielen bei Strafe verboten und wurde keinerlei Spielforderungen Recht gehalten. Das Obervazer L. B. gab für Spielen und Wetten kein Klagrecht („sol kein Gericht gehalten werden"). Auch hatte, wer einem Andern wissentlich „Geld auf Spillen liech", kein Klagrecht aus dem Darlehen. In Avers war alles Spielen, außer für „ein üerten" bei Strafe verboten. Mehrere Statuten beschränkten auch das Klagrecht für Trinkschulden. So gewährten die Oberbunds St. den Wirthen für Wein-Uerten ein solches nur bis auf $1/2$ fl. und hatten in Chur die Wirthe für Trink- und Zehrungs-Uerten (außer gegenüber regelmäßigen Kostgängern und Durchreisenden) ein Klagrecht blos innert 2mal 24 Stunden.

M. Kompromißvertrag.

§ 462.

Allgemeine Bestimmungen.

Der Kompromißvertrag kommt dadurch zu Stande, daß sich zwei oder mehrere Personen gegenseitig verpflichten, den Entscheid einer zwischen ihnen streitigen Rechtsfrage einer oder mehreren Personen (einem Schiedsrichter oder einem Schiedsgerichte) zu überlassen. [1])

Zur Gültigkeit eines Kompromißvertrages ist erforderlich:

1. daß die kompromittirenden Personen über die kompromittirte Sache gültig verfügen können; [2])
2. daß die Zahl der zu bestellenden Schiedsrichter und die Art ihrer Bestellung, stillschweigend oder ausdrücklich, bestimmt, [3]) und, wenn der Entscheid gemeinschaftlich zu bestellenden Schiedsrichtern übertragen werden soll, deren Personen bezeichnet seien. [4])

Streitigkeiten darüber, ob ein Gegenstand kompromittirt sei oder nicht, hat der ordentliche Richter zu entscheiden. [5])

Vorbehalten bleiben bei dieser und den nachfolgenden Bestimmungen die Vorschriften der §§ 126 bis 130 der Zivilprozeß-Ordnung über „Schiedsgerichte in Sachen des Kantons."

[1]) Gewöhnlich wird als Bestandtheil des Kompromißvertrages auch die Annahme des Mandates durch den erkorenen Schiedsrichter angesehen. Allein der Kompromißvertrag als solcher beschlägt nur die kontrahirenden Parteien, die durch denselben gebunden sind, wenn die Schiedsrichter auch noch nicht namentlich bezeichnet sind und sie die Wahl noch nicht angenommen haben. Das Verhältniß der Kompromittenten zu dem Schiedsrichter ist ein selbständiges und nach den Grundsätzen des Mandates zu beurtheilen. Der Kompromißvertrag ist eine Species des Vergleichsvertrages.

[2]) Somit kann ein Handlungsunfähiger nicht gültig kompromittiren. Es versteht sich dieses Requisit im Grunde nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen von selbst.

[3]) Häufig (besonders in Gesellschaftsverträgen) verpflichten sich die Parteien, allfällig zwischen ihnen entstehende Anstände schiedsrichterlich entscheiden zu lassen, ohne die Schiedsrichter schon zu bezeichnen. Indeß müssen sie, wenn diese Abrede verbindlich sein soll, wenigstens über die Zahl der Schiedsrichter und die Art ihrer Bestellung (z. B. ob sie von den Parteien gemeinschaftlich oder gesondert, von ihnen selbst oder von einem Dritten bestellt werden sollen) einig geworden seien. Stillschweigend würde dies geschehen, wenn eine Sache an eine (schon aus einer bestimmten Zahl Mitglieder bestehende) Behörde kompromittirt wird.

[4]) Die Bezeichnung der Personen ist in solchem Fall nothwendig, weil eine gemeinschaftliche Bestellung nur durch freiwilliges Zusammenwirken der Parteien möglich ist, somit nicht erzwungen werden kann. Es gilt dies selbstverständlich auch für den Fall, daß nur Ein Schiedsrichter bestellt wird.

[5]) Also je nach dem Betrag das Vermittlungsamt, Kreis- oder Bezirksgericht. Solche Streitigkeiten können sich sowohl auf die Frage beziehen, ob ein Gegenstand in den Kompromißvertrag inbegriffen sei oder nicht, als auf die Frage, ob der Kompromißvertrag gültig abgeschlossen sei oder nicht u. s. w.

Anmerk. Verschiedene Gesetze (wie namentlich das soloth. und berner) fordern zur Gültigkeit eines Kompromisses auch, daß derselbe, wenigstens für Summen eines gewissen Betrages, schriftlich verfaßt werde. So wünschbar aber die schriftliche Form ist, so hat es doch unser Gesetz, wie in andern Fällen so auch in diesem, vorgezogen, im Einklang mit unserer jetzigen Volksanschauung in der Vertragsform möglichste Freiheit walten zu lassen.

§ 463.

Verfahren.

Für das Verfahren vor Schiedsgericht sind, so weit es die Natur des letzteren zuläßt [1]) und sich die Parteien nicht anders verständigt haben, [2]) die Bestimmungen der Zivilprozeß-Ordnung maßgebend.

Wenn von dem Schiedsgerichte aufgerufene Zeugen der Vorladung nicht Folge leisten oder Zeugniß zu geben sich weigern, so kann deren Einvernahme durch das Mittel des zuständigen Kreisamtes bewerkstelligt werden. [3])

Durch dasselbe Amt hat das Schiedsgericht auf Verlangen der einen oder andern Partei sowohl Zeugen- als Parteieide abnehmen zu lassen. [4])

[1]) Die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung z. B., welche auf den Leitschein, die Widerklage, Appellation und Rekurse Bezug haben, sind ihrer Natur nach auf Schiedsgerichte nicht anwendbar.

²) Die Parteien können in der Kompromißschrift z. B. zu Innehaltung besonderer präklusiver Fristen sich verpflichten, einen Schriftenwechsel verabreden u. s. w.

³) Schiedsgerichte haben, da sie keine öffentlichen Behörden sind, keine richterliche Gewalt (kein imperium). Daher stehen ihnen auch keine Zwangsmaßregeln gegen widerspenstige Zeugen zu; eben so wenig sind sie befugt, Parteien oder Zeugen wegen unangemessenen Benehmens zu bußen. Vgl. Thibaut § 588 u. soloth. Ges. § 1278.

Es frug sich, ob bei Streitigkeiten, die ihrem Betrage nach in die Kompetenz der Bezirksgerichte fielen, nicht die Zeugeneinvernahme durch die Präsidenten der zuständigen Bezirksgerichte bewerkstelligt werden sollte. Da aber nach bündnerischer Praxis selbst von den Bezirksgerichten die Einvernahme außerhalb ihres Bezirkes domizilirter Zeugen meist durch Vermittlung der Kreisämter, deren Stabsangehörige dieselben sind, bewerkstelligt wird und überhaupt die Kreisämter spezifisch Träger der Vollziehungsgewalt sind, hat das Gesetz die Bestimmung vorgezogen, daß die Requisition der Schiedsgerichte um Zeugeneinvernahmen stets an die zuständigen Kreisämter zu richten sei.

⁴) Die Eidesleistung ist ein Akt, der nach hierländischer Anschauung gültig nur vor einer öffentlichen Beamtung vollzogen werden kann, so daß der vor einem Schiedsgerichte abgelegte Eid nur den Charakter eines außergerichtlichen Eides hat. Wenn daher die eine oder andere Partei sich mit diesem außergerichtlichen Eide nicht begnügen will, so soll ihr nach obiger Bestimmung das Recht zustehen, eine gerichtliche Beeidigung zu verlangen. Thut sie dies nicht, so versteht sie sich stillschweigend dazu, dem vor Schiedsgerichte abgelegten Eide dieselbe Kraft wie dem gerichtlichen beizumessen.

§ 464.

Verzug.

Wenn eine Partei in der ihr obliegenden Bestellung von Schiedsrichtern zögert, so hat der Ausschuß des zuständigen Kreis- oder Bezirksgerichtes auf Verlangen der andern ihr hiezu eine peremtorische Frist anzuberaumen, und zwar so, daß nach deren unbenutztem Ablauf die Schiedsrichter von dem Ausschuß für die zögernde Partei zu bestellen sind. ¹)

Wenn das bestellte Schiedsgericht in Behandlung der ihm zum Entscheide übertragenen Sache zögert, so hat ihm der Ausschuß des zuständigen Kreis- oder Bezirksgerichtes auf Verlangen einer Partei hiezu eine peremtorische Frist in dem Sinne anzuberaumen, daß nach deren unbenutztem Ablauf der Kompromißvertrag als aufgehoben anzusehen ist. ²)

In beiden Fällen hat jedoch die Einvernahme der Gegenpartei und in letzterem auch des bestellten Schiedsgerichtes, beziehungsweise seines ersten Mitgliedes, wo möglich der betreffenden Verfügung vorauszugehen.

¹) Es ist dieses das einzige Mittel, um der beharrlichen Zögerung einer Partei ein Ende zu machen. Vgl. soloth. Ges. § 1275.

²) Die Verschleppungen der kompromittirten Streitsachen sind bei uns eine bekannte und eingewurzelte Unsitte. Durch obige Bestimmung soll nun derselben wirksam begegnet werden. Dadurch erhalten die Parteien wenigstens ein Mittel, die Streitsache, wenn das Schiedsgericht, sei es in deren Anhandnahme, sei es in deren fortgesetzter Behandlung, allzulange zögert, auf den ordentlichen gerichtlichen Weg zu bringen und sich dadurch gegen Rechtlosigkeit zu schützen. Obige Bestimmung ist

jedenfalls derjenigen des berner Ges. (§ 777) vorzuziehen, wonach die Schiedsgerichte gehalten sind, ihren Spruch innert 40 Tagen, von der Uebertragung an, zu erlassen.

Anmerk. Nach den Poschiaver St. mußten die bestellten Schiedsrichter die Streitsache bei Buße von 40 Pfd. (imper.) innert Monatsfrist entscheiden.

§ 465.

Erlöschen des Kompromisses.

Der Kompromißvertrag erlischt:

1. wenn eine oder mehrere der in demselben namentlich bezeichneten Schiedsrichter die Uebernahme der kompromissarischen Entscheidung ausschlagen oder vor Erlassung des Spruches durch Tod oder andere unvorhergesehene Umstände außer Fall gesetzt werden, bei derselben mitzuwirken; [1])
2. wenn die von den Parteien in gerader Zahl bestellten Schiedsrichter sich über den Spruch oder über die Wahl des Obmannes, sofern diese ihnen übertragen war, nicht vereinigen und für Bestellung eines Obmannes in dem Kompromißvertrage nicht anderweitig vorgesehen ist. [2])

Ueber die Erlöschung des Kompromisses entscheidet, wenn Streit darüber entsteht, das zuständige ordentliche Gericht. [3])

[1]) Sind die Schiedsrichter in dem Kompromißvertrage bezeichnet, so ist solches als ein wesentlicher Bestandtheil desselben anzusehen, so daß er, wenn die Bezeichneten den Auftrag nicht annehmen, wie durch den Eintritt einer Resolutivbedingung sich von Rechtswegen auflöst, vorausgesetzt, daß der Vertrag für diesen Fall nicht in geeigneter Weise vorgesehen hat. Der Nichtübernahme der kompromissarischen Entscheidung ist es aber gleich zu achten, wenn ein in dem Vertrage bezeichneter Schiedsrichter, der den Auftrag annahm, nachträglich (weil er stirbt, auswandert, in Blödsinn verfällt u. s. w.) außer Fall gesetzt wird, das Mandat zu vollziehen.

[2]) Werden die Schiedsrichter in ungerader Zahl bestellt (was bei gemeinschaftlicher Wahl mitunter geschieht) oder wird die Wahl eines Obmannes vorgesehen (etwa so, daß dieselbe den Schiedsrichtern selbst oder einer Behörde überlassen wird), so ist immer eine entscheidende Mehrheit möglich (beziehungsweise der Ausschlag des Obmannes). Ist aber weder jenes noch dieses geschehen, so können (namentlich wenn die Parteien ihre Konfidenten abgesondert gewählt haben) die Stimmen leicht einstehen, so daß kein Spruch zu Stande kommt. In diesem Fall muß der Kompromißvertrag erlöschen, wenn man nicht mit dem soloth. Ges. (§ 1274) von Gesetzes wegen die Schiedsrichter zur Bestellung eines Obmannes ermächtigen will.

[3]) Solche Streitigkeiten sind z. B. über die Frage denkbar, ob ein bestellter Schiedsrichter wirklich als in Blödsinn verfallen anzusehen sei oder nicht.

Anmerk. Nach den Oberengad. St. erlosch der Kompromißvertrag, wenn die Streitsache nicht innert ½ Jahr erledigt wurde.

§ 466.

Rechtskraft des Spruches.

Gegen Entscheide des Schiedsgerichtes sind weder Rekurs noch Appellation zuläßig.

Der Kompromißspruch kann jedoch innert 30 Tagen, von dessen

Mittheilung an gerechnet, auf ordentlichem gerichtlichem Wege angefochten werden: [1])

a. wenn er ohne Anhörung einer Partei und zugleich ohne Beobachtung der Vorschriften der Zivilprozeß-Ordnung über das Kontumazverfahren gefällt wurde; [2])

b. wenn sich an demselben, ohne ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der Parteien, nicht alle Schiedsrichter betheiligten; [3])

c. so weit er Gegenstände beschlug, die nicht kompromittirt wurden. [4])

Allfällige Erläuterungs- und Offenrechts-Begehren behandelt das Schiedsgericht nach Anleitung und innert den Grenzen der einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozeß-Ordnung (so weit diese auf Schiedsgerichte anwendbar sind); [5]) vorausgesetzt, daß alle Schiedsrichter, welche an dem erlassenen Spruche sich betheiligten, noch am Leben oder noch im Falle seien, das schiedsrichterliche Amt zu versehen; widrigenfalls die Beurtheilung, sei es des Erläuterungs-, sei es des Offenrechts-Begehrens, dem zuständigen ordentlichen Gerichte zukommt. [6])

[1]) Obwohl die Schiedssprüche unweiterzüglich sind, so muß doch den Parteien in dem schreiendsten Falle der Formverletzuug (wenn eine Partei ungehört verurtheilt wird) sowie im Falle patenter Verletzung des übernommenen Mandates (wenn nur ein Theil der Schiedsrichter saß oder über einen nicht kompromittirten Gegenstand abgeurtheilt wurde) ein Schutzmittel, freilich nur innert einer nicht allzulangen Frist, gewährt werden. Dadurch läuft man keineswegs Gefahr, dem von deutschen Reichsgesetzen sanktionirten Mißbrauch anheimzufallen, jeden Schiedsspruch wegen außerordentlicher Unbill (laesio enormissima) anfechten zu können.

[2]) Das „audiatur et altera pars“ ist so sehr als Grundbedingung für jeden Rechtsentscheid anzusehen, daß auch ein Schiedsspruch, der nur auf einseitiges Gehör hin gefällt wurde, unter der Voraussetzung, daß er rechtzeitig angegriffen wird, als mit Richtigkeit behaftet anzusehen ist. Vorbehalten sind die Fälle eines auch nach der Z. P. O. gerechtfertigten Kontumazialverfahrens.

[3]) Dadurch wird eine wesentliche Bedingung des Kompromisses verletzt. Vgl. soloth. Ges. § 1281 und berner Ges. § 780.

[4]) So weit dieses der Fall ist, ist der Spruch von Rechtswegen für die Parteien unverbindlich. Wenn sie aber keine Nichtigkeitsklage dagegen erheben, so darf angenommen werden, daß sie ihn stillschweigend als gültig anerkennen. Vgl. soloth. und berner Ges. a. a. O.

[5]) Es folgt hieraus namentlich, daß das Erläuterungs- sowohl als das Offenrechts-Begehren, bei Verwirkung innert 1 Jahr nach Eröffnung des Schiedsspruches, einzureichen sind (§§ 260 und 269 der Z. P. O.). Nicht anwendbar auf Schiedsgerichte sind diejenigen Bestimmungen der Z. P. O., die mit der Gerichtsorganisation zusammenhangen. Namentlich wird die in § 270 den Ausschüssen übertragene Funktion den Schiedsgerichten selbst zustehen.

[6]) Im ursprünglichen Entwurf hieß es: „Streitigkeiten über die Auslegung eines Schiedsspruches sind von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden, wenn nicht das Schiedsgericht sogleich bei dessen Eröffnung um die Erläuterung angegangen wurde.“ Der Redaktor war hiebei von der Ansicht ausgegangen: mit Ausfällung und Eröffnung des Spruches werden die Schiedsrichter von ihrem Mandate frei, so daß sie zu Ertheilung nachträglicher Erläuterungen nicht mehr verpflichtet werden können

ein undeutlicher Spruch sei somit im Grunde einem undeutlichen Vertrage gleich zu achten, über dessen Sinn und Verstand im Falle darüber entstehenden Streites der ordentliche Richter zu entscheiden habe; die Ausnahme im Fall das Erläuterungsbegehren in continenti nach Eröffnung des Spruches, also noch vor Auflösung des Schiedsgerichtes gestellt wird, rechtfertige sich damit, daß die dem Spruch auf dem Fuß folgende Erläuterung gleichsam noch als Bestandtheil desselben angesehen werden kann. Schon die erste Kommission traf aber obige Aenderung, die mit unserer Volksanschauung allerdings besser zusammenstimmen mag.

Anmerk. 1. Die schwierige Frage, welcher echtliche Wirkung dem Schiedsspruch beizulegen sei, hatte der erste Entwurf dahin erledigen zu sollen geglaubt, daß der Kompromißspruch als Vergleich zu beurtheilen sei, und zwar von der Ansicht geleitet, daß ein Kompromißspruch in Bezug auf dessen Vollziehung nicht einem gerichtlichen Urtheil gleichzustellen sei, da er der Autorität einer öffentlichen Behörde entbehre; er sei demnach lediglich als Vertrag und, genauer, als Vergleich zu beurtheilen, wie er ja auch nur durch einen solchen zu Stande gekommen ist. Schon die erste Kommission fand aber, daß bei uns die Schiedsgerichte stets als Surrogate der ordentlichen Gerichte gegolten haben und daher ihren Ansprüchen auch mehr Autorität als blosen Vergleichen beizulegen sei, weßhalb jene Stelle gestrichen wurde. Gewiß ist, daß diese Frage in verschiedener Richtung einflußreich ist und besonders wichtig mit Rücksicht auf die Gantordnung sowohl als auf die Bestimmungen der Bundesverfassung und mehrerer Staatsverträge, durch welche die Vollziehung von Urtheilen in andern Kantonen und Staaten vorgeschrieben wird.

Anmerk. 2. Die Stat. von Oberengadin und von Bivio gestatteten allgemein um Revision eines Schiedsspruches einzukommen, und zwar letztere ohne Zeitbeschränkung, erstere innert 1 Mon., besonders auf Grund von Nova.

Zweiter Abschnitt.

Forderungen aus ungehöriger Bereicherung.

§ 467.

Allgemeine Bestimmungen.

Die ungehörige Bereicherung einer Person tritt dadurch ein, daß dieselbe ohne Rechtsgrund auf Kosten einer andern sich bereichert, d. h. durch direkten Abbruch an dem Vermögen einer andern einen Zuwachs zu ihrem eigenen erhält. [1])

Wer auf Kosten eines Andern sich bereichert, ist letzterem zur Rückgabe der Sache oder, wenn sie nicht möglich ist, zum Ersatze ihres Werthes verpflichtet [2]) und haftet in dieser Beziehung, je nachdem er in guten oder bösen Treuen sich bereicherte, als redlicher oder unredlicher Besitzer (§ 216 und § 217). [3]) Die Rückgabe des Erworbenen hat auch dann zu erfolgen, wenn zwar von Anfang an ein Rechtsgrund vorhanden war, derselbe aber in der Folge weggefallen ist. [4])

[1]) Das daherige Forderungsrecht entsteht somit aus keinem Vertragsverhältnisse, sondern blos aus dem Rechtsgrund, daß Niemand auf Kosten eines Andern sich bereichern darf. Wenn z B. A dem B Fr. 100 zahlt in der irrigen Meinung, sie diesem schuldig zu sein, so kann er aus keinem Vertrag gegen letzteren auf Erstattung der bezahlten Summe klagen, wohl aber deßhalb, weil B keinen Rechtsgrund aufweisen kann, die Fr. 100 zu behalten. Aus dem nämlichen Grunde kann A, wenn er auf dem Betreibungswege (von dem Gantgerichte) zu Zahlung von Fr. 100 an B angehalten wurde, sie von letzterem auf dem ordentlichen Rechtswege zurückfordern, wenn er nachweisen kann, daß die Zahlung ohne wirklichen Rechtsgrund erfolgte.

Eine ungehörige Bereicherung kann aber nur angenommen werden, wenn der Zuwachs zum Vermögen des sich Bereichernden mittelst unmittelbaren und gleichzeitigen Abbruches am Vermögen eines Andern erfolgt. Wenn es z. B.

dem glücklichen Konkurrenten A des Handelsmannes B gelingt, letzteren zu beseitigen und dessen Kunden an sich zu ziehen, so bereichert er sich zwar auf des letzteren Kosten, aber es ist dies keine ungehörige Bereicherung, weil sie nicht mittelst direkten Abbruches an dem Vermögen des B erfolgte. Von Rechtslehrern wird die Voraussetzung zu dieser Rückforderung auch so ausgedrückt, daß „ein Bestand aus dem Vermögen des Einen ohne rechtlichen Grund in das Vermögen des Andern übergegangen sei.“ Vgl. Puchta Pand. § 307, Savigny Syst. V. Bd. Beil. VIII. S. 5 ff.

²) Ist die Sache noch in natura vorhanden, so wird diese zurückgegeben, sonst aber ist deren Werth zu ersetzen, in sofern nach den Grundsätzen über den redlichen und unredlichen Besitz eine Verpflichtung dazu vorliegt.

³) Wußte z. B. B, dem der A Fr. 100 zahlte, daß dieser sie ihm nicht schuldig sei, so ist er als unredlicher Besitzer anzusehen und als solcher strenger zu behandeln, als wenn er selbst in der Meinung gestanden wäre, die Bezahlung einer wirklichen Schuld zu empfangen. Namentlich wird er im ersteren Falle Zinsen bezahlen müssen, in letzterem Falle nicht. Auch der *Code Nap.* § 1378—§ 1381 behandelt den zur Erstattung Pflichtigen analog dem redlichen und unredlichen Besitzer. Nach röm. Recht konnte der unredliche Empfänger sogar mittelst der Diebstahlsklage (condictio furtiva) belangt werden. — Daß der redliche Empfänger nur so weit als er wirklich bereichert ist, ersatzpflichtig ist, ergibt sich aus den Grundsätzen des redlichen Besitzes.

⁴) Z. B. wenn A den B für eine von letzterem geborgte, in der Folge aber abhanden gekommene Sache entschädigt, später aber letztere dem B wieder zu Handen kommt. Dadurch fällt der ursprüngliche Rechtsgrund, aus welchem A den B entschädigte, weg und hat demnach ersterer gegen letzteren ein Rückforderungsrecht. (Nach röm. Recht fand in diesem Fall die Rückforderung mittelst der condictio sine causa statt). — Fälle, in welchen die bei einem Vertrage vorausgesetzten Thatumstände nicht eintreten (z. B. wenn die Hochzeit, auf welche hin man eine Schenkung machte, nicht eintritt), dürften besser den Grundsätzen der Resolutivbedingungen unterworfen werden, so daß alsdann die Rückforderung wegen nicht Eintritts der ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten Thatsache (Bedingung) statthaft ist. (Nach röm. Recht fand in solchem Falle die Rückforderung mittelst der condictio ob causam datorum, die übrigens hauptsächlich die Rückgängigmachung noch nicht konsumirter Verträge bezweckte — s. Thibaut § 468 — statt).

§ 468.

Besondere Fälle.

Wer irrthümlich in der Absicht eine vermeintliche Schuld zu bezahlen, eine Nichtschuld bezahlt hat, kann das Bezahlte von dem Empfänger zurückfordern, vorausgesetzt jedoch, daß der Irrthum entschuldbar ist. ¹)

Dagegen steht die Rückforderung auch demjenigen zu, der auf dem Betreibungswege zu einer Leistung angehalten wurde, von der er auf dem ordentlichen Rechtswege darthun kann, daß sie ohne rechtlichen Grund erfolgte. ²)

Die Erstattung kann aber, selbst wenn Irrthum obwaltete, nicht verlangt werden, wenn die Leistung auf einer sittlichen Pflicht beruhte ³) oder eine wirkliche, nur aber nicht klagbare Verbindlichkeit (wie in den Fällen der §§ 369 und 461) ⁴) erfüllt wurde, so wie wenn sie wissentlich zu unerlaubten (unsittlichen oder strafbaren) Zwecken erfolgte. ⁵)

[1]) S. Note 1 zu § 467. Es ist dies die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld (condictio indebiti). Wesentliches Erforderniß für diese Rückforderung ist aber der entschuldbare Irrthum auf Seite des Rückfordernden. Daß in der Regel nur der faktische Irrthum (z. B. wenn Einer in der Meinung, durch das Testament dazu verpflichtet zu sein, ein Legat auszahlt) nicht aber der Rechtsirrthum (z. B. wenn Einer in der irrigen Meinung, rechtlich dazu verpflichtet zu sein, Jemandem für Bemühungen eine Entschädigung leistet, die diesem unentgeltlich oblagen) als entschuldbar angesehen werden wird, liegt auf der Hand, da die erforderliche Rechtsbelehrung heutzutage allgemein zugänglich ist. Indeß kann unter Umständen, namentlich für beschränktere oder ungebildetere Persönlichkeiten, auch der Rechtsirrthum sehr entschuldbar sein, wie solcher auch nach röm. Recht bei der condictio indebiti keineswegs ausgeschlossen war (s. Wangerow Pand. pag. 102 ff.).

[2]) S. Note 1 zu § 467. Vor dem Gantgerichte findet ein förmliches Beweisverfahren nicht statt. Es kann daher geschehen, daß von demselben Einer auf Grund eines in Handen des Gläubigers belassenen Schuldscheins zu Bezahlung einer angeblichen Schuld verurtheilt wird, von der er auf dem ordentlichen Prozeßwege (z. B. durch Zeugen) beweisen kann, daß sie getilgt ist. Vgl. soloth. Ges. § 1528.

[3]) Nicht alle sittlichen Verpflichtungen sind auch Rechtspflichten. Wenn aber einmal jenen entsprochen wurde, so wäre es eine allzugrelle Außerachtlassung des Sittengesetzes, wenn eine Ersatzforderung noch zugelassen würde. Demnach wird z. B. der wohlhabende A, der seinen dürftigen Verwandten B in der irrigen Meinung, dazu verpflichtet zu sein, unterstützte, für seine Leistung keinen Ersatz mehr fordern können, weil er durch dieselbe im Grunde lediglich eine sittliche Pflicht erfüllte.

[4]) Es gibt Rechtsgeschäfte, die zwar gesetzlich nicht anerkannt oder als nicht klagbar erklärt werden, immerhin aber so weit eine natürliche Verbindlichkeit (naturalis obligatio) begründen, daß wenn einmal vermöge derselben eine Leistung erfolgte, die Rückforderung nicht mehr zuläßig ist. Es tritt dieser Fall namentlich ein bei Bezahlung verjährter Schulden. Wenn Einer z B. eine verjährte Schuld, in der Meinung, die Verjährungszeit sei noch nicht abgelaufen, bezahlt, so steht ihm keine Rückforderung zu, weil er, wenn auch keine rechtliche, so doch eine natürliche Verpflichtung erfüllte. Eben so wenig steht demjenigen, der eine bestehende, aber noch nicht fällige Schuld zahlte, ein Rückforderungsrecht zu. Aus dem nämlichen Grunde müßte, wenn ein Handlungsunfähiger eine wirkliche Schuld bezahlte. das Rückforderungsrecht bestritten werden. Mit Bezug auf Spielschulden s § 461 letzter Absatz.

[5]) Z. B. wenn A eine öffentliche Dirne für ihre ihm geleisteten Dienste bezahlt oder dem B dafür, daß er den C mißhandelte, den versprochenen Lohn entrichtete, so steht ihm in beiden Fällen, ungeachtet weder die Dirne noch B aus dem Vertrag ein Klagrecht gegen ihn gehabt hätten, eine Rückforderung des Bezahlten zu, indem er die Zahlung wissentlich zu unsittlichem Zwecke leistete. Der nämliche Rechtsgrund trifft ein hinsichtlich des für eine aus verbotenem Spiel herrührende Schuld Bezahlten.

Nach röm. Recht war die Rückforderung (mittelst der condictio ob turpem und ob iniustam causam) auch dann zuläßig, wenn Jemandem Etwas in der Art gegeben wurde, daß die Annahme desselben für den Empfänger, und zwar für diesen allein unehrenhaft oder unsittlich war, z. B. wenn A dem B Geld gibt, damit dieser einen Mord unterlasse, während die Rückforderung auch nach röm. Recht unzuläßig war, wenn die Unsittlichkeit auch den Geber traf.

§ 469.

Erlöschen des Rückforderungsrechtes.

Die Forderungen aus ungehöriger Bereicherung erlöschen

unter denselben Umständen, unter welchen Forderungen aus Verträgen nach § 364 ff erlöschen, mit Vorbehalt jedoch der unter Ziffer 2 und 4 desselben Artikels aufgeführten Fälle. [1])

[1]) Sie werden demnach getilgt durch Erstattung der Sache oder, wenn diese nicht mehr möglich ist, durch Ersetzung ihres Werthes, durch Novation, Konfusion, Verzicht, Kompensation und durch den Ablauf der 12jährigen Verjährungszeit.

Dritter Abschnitt.

Forderungen aus Schädigung.

§ 470.

Allgemeine Bestimmungen.

Wer ohne Rechtsgrund [1]) oder außer den Grenzen seiner Berechtigung [2]) einen Andern durch sein Verschulden [3]) schädigt, hat diesem den ihm verursachten Nachtheil, sofern er geschätzt werden kann, [4]) zu ersetzen.

Das Maß der Ersatzpflicht wird, wie in Vertragsverhältnissen (§ 338 und 339), zunächst nach dem Grade der bei der Schädigung verschuldeten Fahrläßigkeit oder Arglist bestimmt, [5]) sodann auch danach, ob und in welchem Maße der Geschädigte selbst die Schädigung mitverschuldete. [6])

Verursachten Mehrere gemeinschaftlich eine Schädigung, so haften sie für deren Ersatz solidarisch, im Verhältniß zu einander aber nach Maßgabe ihrer Verschuldung, im Zweifel zu gleichen Theilen. [7])

[1]) Wenn z. B. A das Durchfahrtsrecht auf dem Grundstücke des B hat, so ist die Schädigung, die er dem B mittelst des Durchfahrens verursacht, eine rechtmäßige und erwächst daraus keine Entschädigungsansprache des B gegen A. — Daß die Schädigung ohne Rechtstitel erfolge (damnum iniuria datum), ist die Grundbedingung zu dieser Ersatzforderung. Die Schädigung kann mittelst einer (polizeilich ßder kriminell) strafbaren Handlung erfolgen, in welchem Falle sie nach unsern Gesetzen akzessorisch zur Strafverhandlung beurtheilt wird. Ist die Handlung aber nicht strafbar (wie z. B. wenn ein Gebäude durch Nachlässigkeit des Eigenthümers einstürzt und dadurch das nachbarliche Grundstück beschädigt), so muß die Ersatzforderung selbständig auf dem Zivilweg geltend gemacht werden.

[2]) Es folgt dieses aus Obigem. Wenn z. B. A den B, weil ihm dieser einen Schlag versetzte, ersticht, so überschreitet er die Grenzen der berechtigten Nothwehr und wird dadurch gegenüber dessen Kindern ersatzpflichtig. Ebenso würde A, wenn

er in seinem Hause eine Wasserschmiede betreibt, wodurch die Fundamente des Nachbarhauses nachweisbar beschädigt werden, dem Eigenthümer des letzteren ersatzpflichtig.

[3]) Zu Begründung der Schadensklage muß stets eine Verschuldung auf Seite des Schädigers vorliegen, widrigenfalls die Schädigung als ein Zufall, den der Geschädigte an sich tragen muß (zufolge des Grundsatzes casum sentit dominus) anzusehen ist. Bei der Verschuldung sind freilich verschiedene Abstufungen gedenkbar. Sie kann (wie schon oben bemerkt) eine strafbare oder nicht strafbare, eine dolose oder blos fahrläßige sein, in welchem letzteren Falle ihr hinwieder eine grobe oder blos leichte Fahrläßigkeit zu Grunde liegen kann. Sie kann endlich eine direkte oder indirekte sein, letzteres alsdann, wenn zwar die unmittelbare Ursache der Schädigung eine zufällige ist, der Zufall aber durch Schuld eines Andern herbeigeführt wurde. Z. B. wenn A in der Trunkenheit dem B einen Spiegel zertrümmert, so hat zwar A daran keine direkte Verschuldung, indem er die Schädigung in einem unzurechnungsfähigen Zustand beging, wohl aber eine indirekte, wenn er seine Trunkenheit selbst verschuldete. Versetzte ihn aber C in den Zustand der Trunkenheit, so hätte dieser den Schaden zu verantworten. Vgl österr. Ges. §§ 1307 und 1315, preuß. L. R. I. 6. § 16, soloth. Ges. § 1378 und berner Ges. §§ 970 und 975. Ebenso ist eine indirekte Verschuldung alsdann anzunehmen, wenn die zunächst zufällige Schädigung Folge der Uebertretung eines auf Schadensverhütung abzielenden Polizeiverbotes ist. So würde z. B. A, wenn er entgegen einer polizeilichen Vorschrift seine Kalkgrube nicht zudeckte und es verunglückte in derselben ein Rind des B, letzterem gegenüber ersatzpflichtig Vgl. preuß. L. R. I. 6. §§ 16 und 26. Die Schädigung kann übrigens auf sehr verschiedene Weise, nicht nur an Sachen, sondern z. B. auch am Körper oder an der Freiheit eines Anderen erfolgen.

[4]) Nur für Schädigungen, wodurch direkt oder indirekt ein Abbruch an dem Vermögen eines Andern geschieht, die somit in Geldwerth schätzbar sind, kann Ersatz gefordert werden. Daher z. B. für den Abbruch an der Ehre oder an der Schönheit, da diese Eigenschaften an sich nicht schätzbar sind, keine Entschädigung verlangt werden kann, sofern nicht ein nachweisbarer ökonomischer Nachtheil damit verbunden ist. Vgl. Thibaut § 623.

[5]) Der Schadensersatz richtet sich zunächst nach den Grundsätzen der §§ 338 und 339, wonach, wenn die Verschuldung aus Arglist oder grober Fahrläßigkeit entsprang, in der Regel der ganze nachweisbare Schaden, sogar mit Einschluß des entgangenen Gewinns, wenn sie aber aus leichter Fahrläßigkeit entsprang, in der Regel nur der direkte Schaden zu ersetzen ist. Vgl. österr. Ges. §§ 1323, 1331 und 1332, preuß. L. R. I. 6. §§ 11 und 12, zürch. Ges. §§ 1847 und 1848.

[6]) S. § 339, 1ster Abs. So weit demnach der Beschädigte selbst die Schädigung veranlaßte oder mitverschuldete, wird die Ersatzpflicht gemindert, beziehungsweise ganz aufgehoben. Z. B. wenn der von B mißhandelte A jenen zum Zorn reizte, oder der von dem Hund des B gebissene A denselben durch einen Steinwurf reizte. Das österr. Ges § 1304 schreibt vor: „wenn bei einer Schädigung zugleich ein Verschulden des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädigten den Schaden verhältnißmäßig, im Zweifel zu gleichen Theilen." Aehnlich das zürch. Ges. §§ 1840 und 1841,

[7]) Ebenso soloth. Ges. § 1369 und berner Ges. § 967. Das österr. Ges. § 1302 und das preuß. L. R. I 6. §§ 29—32 nehmen die Solidarität nur an, wenn die Schädigung durch Arglist oder grobe Fahrläßigkeit erfolgte oder, im Falle ihr nur eine leichte Fahrläßigkeit („Versehen") zu Grunde lag, wenn das Maß der Betheiligung nicht auszumitteln ist, während in andern Fällen die Haftung pro rata stattfindet. Das zürch. Ges. nimmt von der Solidarität (vgl. §§ 1828 und 1850) die „leichte Verschuldung" aus, bei welcher alle zusammen für das Ganze, jeder einzelne aber zunächst für seinen Theil haftet (d. h. es haftet Jeder

zunächst pro rata, als Bürge aber für das Ganze). Es dürfte sich indeß die durchgehende solidarische Haftung aus einleuchtenden praktischen Gründen empfehlen. — Da übrigens für die Solidarpflicht eine Gemeinschaftlichkeit der Handlung vorausgesetzt wird, so werden in der Regel diejenigen, deren Handlung nicht in direktem Zusammenhang mit der Schädigung stehen (wie z. B. Begünstiger eines Diebstahls) nicht solidarisch, sondern nur nach Maßgabe ihrer Verschuldung zu haften haben.

§ 471.

Besondere Fälle.

Im Falle der Tödtung eines Menschen haben dessen Erben das Recht, vollen Schadensersatz zu fordern, die dem Getödteten gegenüber Unterstützungsbedürftigen überdieß das Recht in Rücksicht auf die ihnen entzogene Versorgung und Unterstützung eine durch richterliches Ermessen nach den Umständen zu bestimmende Entschädigung zu verlangen. [1])

Bestand die Schädigung in einer Körperverletzung, so ist der Verletzte berechtigt, wegen gänzlicher oder theilweiser Unfähigkeit zur Arbeit eine den Umständen entsprechende Entschädigung und endlich auch eine solche für Verstümmelung oder Entstellung zu verlangen, sofern sein Fortkommen dadurch erschwert ist. [2])

Es haften ferner, jedoch nur wegen grober Fahrläßigkeit: [3])

1. der Hausvater beziehungsweise die Hausmutter für den durch Glieder ihrer Familie, und die Dienstherrschaft für den durch ihre Dienstleute verursachten Schaden, so weit sie es an der gehörigen Aufsicht fehlen ließen; [4])
2. für Schädigungen, die durch unzurechnungsfähige Personen verübt wurden, diejenigen, denen ihre Beaufsichtigung zukam, so weit sie es an derselben fehlen ließen; [5]) nach billigem Ermessen unter Umständen aber auch die Unzurechnungsfähigen selbst, sofern sie vermöglich sind; [6])
3. für den durch Thiere verursachten Schaden deren Besitzer so weit sie es an der nöthigen Aufsicht oder Verwahrung fehlen ließen; [7])
4. für den durch Sachen verursachten Schaden deren Besitzer beziehungsweise Eigenthümer, so weit sie es an der erforderlichen Vorsicht in deren Anlage, Unterhaltung oder Verwahrung mangeln ließen. [8])

Die unberechtigte Veröffentlichung und Vervielfältigung geistiger Erzeugnisse (§ 220) begründet die Pflicht zum Ersatze des nachweisbar dadurch dem Autor verursachten Schadens. Eine Verletzung des Autorrechts wird nicht begangen durch Aufnahme einzelner Stellen aus einem andern Werke in ein eigenes, noch durch Nachbildungen, die wesentlich auf selbstständiger Geistesthätigkeit beruhen. [9])

[1]) Die Unterstützungsberechtigten sind nach § 68 gegenseitig: Eltern, Kinder, Enkel, bedingt auch Geschwister und nach § 38 die Gattin. Nur auf Frau und

Kinder erstrecken die Schadensersatzpflicht das österr. Ges. § 1327 und das preuß. L. R. I. 6. §§ 98 und 99. Der Schadensersatz befaßt natürlich nur den ökonomischen Nachtheil, den jene Berechtigten durch die Tödtung erleiden. Haben sie daher einen solchen Nachtheil dadurch nicht erlitten, so gebührt ihnen auch keine Entschädigung. Daß die Kosten der ärztlichen Behandlung, Abwart und Beerdigung unter allen Umständen zu verguten sind, versteht sich (weil die daherige Schädigung eine höchst direkte ist) eben so sehr, als daß die Ersatzpflicht (als eine blos vermögensrechtliche Verpflichtung) auf die Erben des Schädigers übergeht. Das „Recht der Erben" (die von den „Unterstützungsberechtigten" wohl zu unterscheiden sind) auf „vollen Schadensersatz" wurde von der zweiten Kommission beschlossen, findet aber in andern Gesetzen keinen Vorgang. Der erlittene Schaden dürfte auch schwer zu bestimmen sein, wenn man ihn nicht mit dem zürch. Ges. (§ 1843) auf die Arzt- und Begräbnißkosten beschränken will.

²) Der Ersatz des direkten Schadens befaßt bei Körperverletzungen, nebst den Kosten für ärztliche Behandlung und Abwart, auch den während dieser Zeit versäumten Verdienst; der volle Schadensersatz überdies die durch die Verletzung verminderte Arbeitsfähigkeit. Die Entstellung wird nur dann in Betracht kommen können, wenn voraussichtlich dadurch ein ökonomischer Nachtheil herbeigeführt wurde, was z. B. gedenkbar ist bei Schauspielern, denen das Auftreten in gewissen Rollen, und bei ledigen Weibspersonen, denen die Verehelichung dadurch erschwert worden. Vgl. österr. Ges. § 1326, zürch. Ges. § 1845. Auf Weibspersonen beschränkt diese Ersatzpflicht das preuß. L. R. I. 6. § 123. Die erlittenen Schmerzen werden dagegen, als nicht in Geldwerth veranschlagbar, in der Regel kein Gegenstand der Entschädigung sein können. Auch versteht es sich nach den Grundsätzen des § 470 (s. Note 6), daß, so weit der Beschädigte, z. B. durch Reizung des Unzurechnungsfähigen, zur Schädigung Veranlassung gab, er auch keinen Anspruch auf Ersatz hat.

³) Da in den nachfolgenden Fällen (Ziff. 1—4) die Schädigung von Demjenigen, der dafür haftbar erklärt ist, nicht direkt, sondern nur indirekt dadurch verschuldet wurde, daß er es an der nöthigen Aufsicht über diejenigen Personen und Sachen, von welchen die Schädigung unmittelbar ausging, fehlen ließ, so ist es billig, daß seine Verantwortlichkeit milder beurtheilt und er daher nur für grobe Fahrläßigkeit haftbar erklärt werde.

⁴) So weit das Familienhaupt oder die Dienstherrschaft dadurch, daß sie es an der ihnen obliegenden Aufsicht fehlen ließen, eine Schädigung mitverschuldet haben, so weit sollen sie auch dafür haften, und zwar schon nach allgemeinen Grundsätzen wonach Jeder für den von ihm — direkt oder indirekt — verursachten Schaden einzustehen hat. In die nämliche Kategorie gehören selbstverständlich Meister im Verhältniß zu ihren Gesellen u. s. w. Vgl. zürch. Ges. § 1873.

⁵) Der Rechtsgrund ist der nämliche wie in den Fällen sub. Ziff. 1.

⁶) Diese Ausnahme ist nur in der Billigkeit begründet. Rechtlich ließe sie sich wohl nur in so weit rechtfertigen, als nicht gänzliche Unzurechnungsfähigkeit anzunehmen ist. Es ist indeß die Ausnahme auf den Fall beschränkt, in welchem der schädigende Unzurechnungsfähige vermöglich ist, weil auch nur in solchem Falle die Billigkeit für die Ersatzpflicht spricht. Vgl. zürch. Ges. § 1835, österr. Ges. § 1310. Nach dem preuß. L. R. I. 6. §§ 41 und 42 haftet das Vermögen von Wahnsinnigen, Blödsinnigen und Kindern nur so weit der Beschädigte von den zur Aufsicht Verpflichteten nicht Deckung erhält und jedenfalls nur für den direkten Schaden. Der *Code Nap.* § 1384 erklärt den Vater (beziehungsweise die Mutter) für die Kinder, den Hausherrn für das Hausgesinde, den Meister für Gesellen und Lehrlinge unbedingt verantwortlich, sofern sie nicht beweisen, daß sie den Schaden nicht hätten verhindern können; das preuß. L. R. I. 6 §§ 60—65 und 68 behaftet Herrschaft und Meister nur, wenn sie wissentlich gefährliche Individuen anstellen und behalten oder die Person des Schuldigen nicht nachweisen können.

⁷) Auch hier wird vorausgesetzt, daß der Beschädigte nicht etwa durch Reizung

des Thieres den Schaden verschuldete. Das röm. Recht und auch neuere Gesetze (preuß. L. R. I. 6. § 70 ff. und zürch. Ges. §§ 1875—1878) machen Unterscheidungen zwischen von Natur schädlichen und nicht schädlichen, wilden und zahmen, gegen die Weise ihrer Gattung schadenden Thieren u. s. w. Allein diese Kasuistik ist weder praktisch noch sehr rationell. In der Natur der Sache liegt es übrigens, daß an die Ueberwachung schädlicher Thiere (mögen diese zu den wilden oder zu den Haus-Thieren gehören) strengere Anforderungen gestellt werden müssen als an diejenige gewöhnlich unschädlicher, daß wenn ein Thier gegen sein sonstiges Wesen schadete, dem Inhaber desselben in der Regel keine Verschuldung wird zugeschrieben werden können, daß, wenn der Besitzer die Gefährlichkeit seines Thieres kannte, er strenger zu behaften ist, als wenn er sie nicht kannte u. s. w. Man achte übrigens, daß zufolge der Fassung obiger Bestimmung Jeder, der das Thier in seinem (wenn auch nur physischen) Besitz hat, gleichviel ob er dessen Eigenthümer ist oder nicht, für die Folgen der mangelhaften Beaufsichtigung und Verwahrung haftet. Nach röm. R. haftete vorerst Derjenige, dem eine Verschuldung zur Last fiel, und sodann in der Regel der Eigenthümer. Ohne Weiteres behaftet den Eigenthümer der *Code Nap.* § 1385 (und z. B. auch das walliser Ges. § 1264). Endlich kann nach röm. Recht (und auch nach dem zürch. Ges. § 1878) der Eigenthümer durch Abtretung des Thieres sich von der Ersatzpflicht befreien.

[8]) Z. B. wenn nachläßig an einem Fenster aufgehängte oder aus demselben geworfene Sachen oder ein in Folge schlechter Unterhaltung einstürzendes Gebäude Schaden anrichten. In letzterer Beziehung vgl. § 247. In ersterer Beziehung kann nach röm. R. (mittelst der actio de deiectis et effusis) der Inhaber der betreffenden Wohnung beziehungsweise der Hauseigenthümer belangt werden, wobei diesem der Rückgriff auf den Schuldigen bleibt. Dieser Grundsatz ist auch in neuere Gesetze (österr. Ges. § 1318, soloth. Ges. § 1376, zürch. Ges. § 1864) übergegangen. (Auch das Churer St. R. machte die Hauseigenthümer, mit Rückgriff auf die Schuldigen, verantwortlich für das Ausschütten von Unrath aus den Häusern „als welchem allein zu komt zu sechen waß für Hausleuth er in seinem Haus beherberge")

Nach röm. R. kann endlich der Grundeigenthümer fremde leblose Sachen, die seinem Boden schadeten, zum Zweck des Schadensersatzes retiniren (Thibaut § 638). Weiter dehnt dies aus das zürch. Ges. §§ 1886 und 1887. Einen solchen Fall enthält unser Ges. in § 196.

[9]) Vgl. den schweizer. Konkordatsentwurf vom 15. Juli 1854 § 3 und § 4 Ziff. 4. — Es kommt hier vorzugsweise der Nachdruck in Betracht. Als solcher ist nicht anzusehen z. B. die Zitirung von Stellen aus einem andern Werke oder etwa die Aufnahme einzelner fremder Gedichte in ein Sammelwerk — vorausgesetzt, daß nicht etwa so viele Abschnitte aus einem andern Werke aufgenommen werden, daß dieses seinen wesentlichen Theilen nach reproduzirt erscheint. Als unstatthaft sind aber auch diejenigen Nachbildungen nicht zu betrachten, die wieder auf eigener selbständiger Geistesarbeit beruhen, wie z. B. die Uebersetzung eines Buches, die Nachbildung einer Zeichnung durch Bildhauerei u. s. w. Auch bei dieser Schadensklage kann nur der ökonomische Gesichtspunkt, nicht aber die verletzte Autorehre in Betracht kommen. Selbstverständlich ist es übrigens, daß der Autor, um einer durch den Nachdruck ꝛc. begonnenen Schädigung Einhalt zu thun, den Schutz des Richters behufs Erlassung von Intimationen, Beschlagnahme der nachgedruckten Exemplare ꝛc. verlangen kann. Die meisten Gesetze über geistiges Eigenthum bedrohen überdies die Verletzung des Autorrechtes mit Bußen, z. B. der deutsche Bundesbeschluß von 1845 mit einer solchen bis auf fl. 1000 und der schweizerische Konkordatsentwurf (§ 5) mit einer solchen bis auf Fr. 1000. Allein dieser strafrechtliche Gesichtspunkt beschlägt nicht die privatrechtliche Ersatzforderung des Geschädigten. Was diesen Schadensersatz betrifft, so wird derselbe nach Maßgabe der Umstände zu bestimmen sein. Der zitirte deutsche Bundesbeschluß sagt: er habe (beim Nachdrucke) in dem Verkaufspreise einer richterlich festzusetzenden Anzahl von Exemplaren des Originalwerkes zu bestehen.

Anmerk. Das zürch. Ges. (§§ 1852—1859) enthält auch Bestimmungen über die durch öffentliche Beamteten und Behörden in amtlicher Stellung durch Fahrläßigkeit oder in widerrechtlicher Absicht verursachten Schädigungen. So zweckmäßig solche gesetzlichen Vorschriften wären, um Beamtete und Behörden zu gewissenhafter Pflichterfüllung anzustacheln, so sind doch unsere Volksbegriffe von der Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamteten und Behörden, besonders so weit es sich um sog. Ehrenämter handelt, dermalen noch so lax, daß man es nicht wagte, dem Beispiele des zürch. Ges. zu folgen. Immerhin ist durch dieses Gesetz die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Schädigung auch auf Beamtete und Behörden keineswegs ausgeschlossen; doch wird man dieselben jedenfalls nur für grobe Fahrläßigkeit verantwortlich machen.

§ 472.

Erlöschen dieser Forderungen.

Die Forderungen aus Schädigung erlöschen nach denselben Grundsätzen wie die Forderungen aus ungehöriger Bereicherung (§ 469).

Vierter Theil.

Erbrecht.

Erster Abschnitt.

Rechtliche Natur und Behandlung von Verlassenschaften.

Erstes Kapitel.

Erwerbung von Erbschaften und Vermächtnissen.

§ 473.

Erbrecht.

Vermöge des Erbrechts erhalten eine oder mehrere Personen [1]) (Erben) das Recht, in vermögensrechtlicher Beziehung [2]) an die

Stelle einer verstorbenen (des Erblassers) in der Art zu treten, daß die Rechte und Verbindlichkeiten der letzteren (ihre Verlassenschaft, Erbschaft) auf erstere übergehen.[3])

Erbfähig ist auch eine, zwar noch nicht geborene aber zur Zeit des Anfalls der Erbschaft empfangene menschliche Leibesfrucht, unter der Voraussetzung, daß sie lebend zur Welt komme[4]) (siehe § 5).

Das Erbrecht beruht entweder:

a. auf der gesetzlichen Erbfolge;[5]) oder

b. auf einer letztwilligen (testamentarischen) Verfügung;[6]) oder

c. auf einem Erbvertrage.[7])

[1]) Nicht blos physische, sondern auch juristische Personen können (freilich aber letztere nicht vermöge gesetzlicher Erbfolge) Erben werden.

Die Gefahr der „todten Hand" ist bei uns nicht so groß, um, wie solches in andern Gesetzgebungen vielfach geschieht, die Annahme sei es von Erbschaften sei es von Legaten ab Seiten juristischer Personen zu beschränken.

[2]) Diejenigen Verpflichtungen, welche ihrer Natur nach an der Person des Erblassers hafteten (wie die in Mandats- oder Dienstverhältnissen begründeten (vgl. § 365) gehen, da sie mit dem Tode des Erblassers erloschen, nicht auf die Erben über.

[3]) Der eigentliche Eintritt in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers erfolgt erst durch den Erbschaftsantritt (§ 476). Das Erbrecht ist zunächst nur ein Recht, die Erbschaft anzutreten. (Hereditas (nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuit L. 62 D. 50. 17).

[4]) Derselben ist bei Anfall einer Erbschaft ein außerordentlicher Kurator zu bestellen (s. § 132 b). Vgl. auch Note 2 zu § 5.

[5]) Im röm. Recht bildete die testamentarische Erbfolge die Regel, die gesetzliche dagegen die Ausnahme, daher sie auch nur als successio ab intestato, als Intestaterbfolge, d. h. als eine Erbfolge erscheint, die in Ermangelung eines Testaments eintritt. („Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur" L. 39. D. 29. 2).

Zwar kannte das röm. Recht auch Notherben (freilich waren dieses nur Deszendenten, Aszendenten und Geschwister) aber es brauchten dieselben nicht als Erben eingesetzt zu werden, sondern genügte es, ihnen auch nur mittelst Vermächtnisses ihren Pflichtantheil zukommen zu lassen. Anders das deutsche Recht, welches, auf einem innigeren Zusammenhang der Familie beruhend, die Blutsverwandtschaft als von Rechtswegen zur Erbschaft berechtigend ansieht und die letztwilligen Verfügungen nur in beschränktem Maße und subsidiär eintreten läßt, daher es die gesetzliche Erbfolge als Regel und die testamentarische (bez. die durch Erbvertrag begründete) als Ausnahme aufstellt, ja ursprünglich nur dem erbberechtigten Blutsverwandten die Eigenschaft eines eigentlichen Erben beilegte. Eine andere durchgreifende Verschiedenheit zwischen dem röm. und deutschen Rechte zeigt sich sodann darin, daß ersteres eine Konkurrenz gesetzlicher Erben mit Testamentserben ausschloß (Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest), während das deutsche Recht, weniger formalistisch, eine Konkurrenz von gesetzlichen, Testaments- und Vertrags-Erben und sogar abweichende Sukzessionsarten in verschiedene Vermögensbestandtheile zuließ. Die neueren Gesetzgebungen folgen in dieser Beziehung durchwegs dem deutschen Rechte.

[6]) Im röm. R. hieß nur diejenige letztwillige Verfügung eine testamentarische, wodurch Jemand zum Erben eingesetzt wurde. In unserer Rechtssprache heißt jede letztwillige Verfügung eine testamentarische, gleichviel ob dadurch Jemand zum Erben berufen oder ihm nur ein Vermächtniß zugewendet wird.

[7]) Entgegen dem röm. R., welches Erbverträge nicht zuließ, aber in Ueberein-

stimmung mit dem deutschen R. hatte auch schon unser früheres Erbgesetz den Erbvertrag adoptirt.

Anmerk. Der Leibesfrucht erkannte auch schon das Obervazer L. B. ein Erbrecht zu: „Es sol einem schwangeren Weib nach ihres Mans Todt für ihr tragende Frucht den gebührenden Theil des Erbfals gegeben werden."

§ 474.

Vermächtniß.

Mittelst letzwilliger Verfügung oder mittelst Erbvertrages kann ein Erblasser sowohl einzelne bestimmte Bestandtheile[1]) als ideelle Theile seines Vermögens[2]) Jemandem als Vermächtniß (Legat) zuwenden. In solchem Falle erhält der Vermächtnißnehmer (Legatar), als solcher, zwar Anspruch auf das ihm Vermachte, tritt aber im Uebrigen nicht, wie der Erbe, in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers ein.[3])

Für Leistung des Vermächtnisses an den Legatar haben die Erben, wenn der Erblasser nicht anders verfügt, solidarisch einzustehen.[4]) Wurde dagegen die Leistung des Legates von dem Erblasser ausdrücklich nur Einem oder mehreren von den Erben auferlegt, so haften die Beschwerten ausschließlich mit ihrem Erbantheil für die Ausrichtung des Vermächtnisses.[5])

Wenn der Erblasser Jemandem einen ideellen Theil seines Vermögens vermachte, so erhält der Legatar dadurch nur Anspruch auf den betreffenden Theil des von dem Erblasser hinterlassenen reinen Vermögens.[6])

Im Zweifel ist der in dem Testament Bedachte nicht als Erbe, sondern als Vermächtnißnehmer (Legatar) zu behandeln.[7]) Wer durch letztwillige Verfügung den ganzen Nachlaß erhält, ist unter allen Umständen als Erbe anzusehen.[8])

[1]) Z. B. A vermacht dem Freunde B sein Pferd oder seinem treuen Diener C Fr. 100.

[2]) Z. B A vermacht dem D aus Dankbarkeit für dessen liebreiche Pflege, $^1/_{10}$ seines Vermögens.

[3]) Demnach können in den Fällen von Note 1 und 2 B das ihm vermachte Pferd, C die ihm vermachten Fr. 100 und D den ihm vermachten $^1/_{10}$ des von A hinterlassenen (reinen) Vermögens ansprechen, aber nicht angehalten werden, die Schulden des Erblassers A mit zu übernehmen.

[4]) Z. B. A, der von seinen Kindern B, C und D beerbt wird, hat dem E Fr. 1000 vermacht; alsdann kann E jeden der drei genannten Erben um die Bezahlung des ganzen Vermächtnisses belangen.

Ein Vermächtniß ist überhaupt (mit Vorbehalt besonderer Verfügungen des Erblassers) als eine auf dem Nachlaß ruhende und erst mit diesem auf die Erben übergehende Schuld zu betrachten. Somit kann, wenn die Erbschaft ausgeschlagen wird, der Legatar (freilich erst nach den eigentlichen Gläubigern — s. § 481) seine Forderung an die Masse dessenungeachtet geltend machen, ebenso wenn der Nachlaß erbloses Gut ist. Tritt dagegen der Erbe an, so hat sich der Legatar gleich andern Gläubigern an ihn zu halten (vorbehalten die Bestimmungen über gerichtliche Verwahrung und Liquidation — zufolge §§ 480 und 481). Der Legatar erhält eben aus dem Legat kein dingliches Recht (wie solches den Erben

mit Rücksicht auf die Erbschaft zusteht), sondern blos ein Forderungsrecht auf Ausrichtung des Vermächtnisses und hat demnach, um dieses geltend zu machen, das Schicksal der Erbschaft so weit abzuwarten, bis es sich entschieden hat, ob er sich an die Masse oder an den Erben zu halten habe.

[5]) Hätte also in dem Fall von Note 4 A nur seinen beiden Kindern B und C auferlegt, aus ihren Erbtheilen jenes Vermächtniß von Fr. 1000 an E zu entrichten, so könnte letzterer nur den B und den C oder einen dieser beiden, nicht aber den D um Auszahlung dieses Legates belangen.

[6]) Z. B. A vermacht dem B $1/_{10}$ seines Vermögens. Das nach seinem (des A) Tod aufgenommene Inventar weist eine Aktivität von Fr. 50,000 und eine Passivität von Fr. 10,000 aus; alsdann hat B Anspruch auf Fr. 4000, als $1/_{10}$ des reinen Vermögens.

[7]) Z. B. A, dessen einziger gesetzlicher Erbe sein Bruder B ist, hinterläßt ein selbsterworbenes Vermögen von Fr. 40,000, wovon er die Hälfte dem Freunde C testirte (vgl. § 509 Ziff. 2), ohne daß aus dem Testamente hervorginge, ob er ihn zum Miterben des B einsetzen oder ihm die Hälfte seines Nachlasses als Legat zuwenden wollte. Alsdann würde zufolge obiger Bestimmung angenommen, daß C nicht als Erbe sondern als Legatar zu behandeln sei, so daß nur B, wenn er die Erbschaft antritt, den allfälligen Gläubigern des Erblassers, nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen, zur Rede zu stehen hat und auch nur ihm zusteht, in die Rechte des A gegenüber Dritten einzutreten.

[8]) Wenn also A, der nur einen Vetter B als gesetzlichen Erben hinterläßt, sein „ganzes Vermögen“, als eigenen Vorschlag, dem C vermacht, so ist letzterer als Erbe zu behandeln, und dieses selbst dann, wenn A ihm sein Vermögen unter dem Titel eines Vermächtnisses zugewendet haben würde — unter der Voraussetzung immerhin, daß dem C nicht eine bestimmte Summe vermacht wurde, in welchem Fall er selbst dann, wenn dieses Vermächtniß den ganzen Nachlaß erschöpfte, als Legatar anzusehen wäre, so daß alsdann der gesetzliche Erbe sich über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft auszusprechen hätte.

Anmerk. Vermächtnisse können selbstverständlich auch juristischen Personen (Korporationen, Genossenschaften und Stiftungen) zugewendet werden. Wurde dem Erben von dem Erblasser die Errichtung einer neuen Stiftung auferlegt, so ist, wenn Niemand (auch nicht eine Gemeinde oder der Staat) als Legatar betrachtet werden kann, die Vollziehung des letzten Willens als Gewissenssache des Erben zu betrachten. Auch versteht es sich, daß der Testator die als Erben oder Legatare Bedachten durch Andere für den Fall, daß jene ausschlagen würde, substituiren kann.

§ 475.

Anfall.

Das Recht auf die Verlassenschaft fällt den Erben in dem Augenblicke des Todes des Erblassers an [1]) und wird von ihnen, wenn sie vor dem Erbschaftsantritt sterben, hinwieder auf ihre eigenen Erben übertragen. [2]) Dasselbe gilt von Vermächtnissen.

Wenn durch Testament oder Vertrag berufene Erben oder bedachte Vermächtnißnehmer vor dem Erblasser sterben, so fällt die auf sie bezügliche Verfügung dahin und erhalten auch ihre Erben keinen Anspruch auf deren Vollziehung, es wäre denn, daß aus dem Testament oder dem Erbvertrag auf einen andern Willen des Erblassers beziehungsweise der Kontrahenten zu schließen wäre. [3])

[1]) Der Anfall der Erbschaft ist wohl zu unterscheiden von dem Erbschafts-

antritt. Durch ersteren erhält der Erbe vorläufig nur ein Recht auf die Erbschaft, es steht ihm aber noch frei, sie anzutreten oder auszuschlagen, d. h. wirklich Erbe zu werden oder nicht. Der Anfall der Erbschaft erfolgt von Rechtswegen (ipso iure) an den zu derselben im Moment des Todes des Erblassers Berechtigten, und zwar gleichzeitig mit dem Ableben des Erblassers.

[2]) Wenn A mit Hinterlassung des Bruders B, als einzigen erbberechtigten Verwandten, am 1. Nov. stirbt und B folgt ihm am 3. Nov. mit Hinterlassung eines einzigen Kindes C in den Tod nach, und zwar bevor er die Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat, so erhält C das Recht auf die Erbschaft in der Weise, daß nun er sich für Annahme oder Ausschlagen der Erbschaft entscheiden kann.

Das röm. R. hatte für diese Transmission eine Nothfrist von 1 Jahr.

[3]) Wenn A den 1. Mai 1863 ein Testament errichtet, in welchem er dem B Fr. 1000 vermacht, B stirbt aber am 5. Juni, während A erst am 3. Sept. mit Tod abgeht, so werden die Erben des B nicht berechtigt sein, von den Erben des A die Auszahlung der dem B vermachten Fr. 1000 zu verlangen, es wäre denn, daß aus dem Testament oder andern Umständen hervorginge, daß A das Legat auch auf die Erben des B erstrecken wollte, indem im Zweifel angenommen wird, A habe ausschließlich die Person des B im Auge gehabt. Vgl. zürch. Ges. § 2089, freiburger Ges. § 864 u. a.

§ 476.

Erbschaftsantritt.

Der rechtliche Uebergang der Verlassenschaft auf einen Erben d. h. des letzteren wirklicher Eintritt in die Rechte und Pflichten des Erblassers erfolgt durch dessen Erbschaftsantritt, d. h. durch ausdrückliche oder thatsächliche Annahme der Erbschaft. [1])

Die thatsächliche (stillschweigende) Annahme ist aus Handlungen zu schließen, welche die Absicht, Erbe zu sein, nothwendig voraussetzen oder die nur ein Erbe rechtlich vornehmen kann. [2])

Die Annahme einer Erbschaft kann auch bedingt, d. h. mit dem Vorbehalt des Inventars, geschehen (§ 478 und 479).

Jeder Erbberechtigte ist auch befugt, die Erbschaft ausdrücklich auszuschlagen, d. h. zu erklären, daß er sie nicht annehme.

Das Ausschlagen einer Erbschaft kann, Erbschaftsgläubigern gegenüber (§ 477), gültig nur durch eine schriftliche Anzeige an das Kreisamt erfolgen, [3]) mit Vorbehalt jedoch der unten folgenden Bestimmungen über den unbenutzten Ablauf der den Erben zur Abgabe einer Erklärung angesetzten Nothfrist.

Der (sei es unbedingte, sei es bedingte) Antritt einer Erbschaft sowohl als deren Ablehnung kann ab Seiten Bevormundeter oder solcher Personen, deren Bevormundung gesetzlich erforderlich ist, gültig nur nach Vorschrift der §§ 103 und 106 erfolgen. [4])

So lange die Erbschaft gültig weder angenommen noch ausgeschlagen, noch um die Wohlthat des Inventars (§ 478) nachgesucht wurde, kann Jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, durch das zuständige Kreisgericht den Erben zu einer Erklärung mit der Androhung auffordern lassen, daß, wenn eine solche innert drei Wochen von der Mittheilung an gerechnet, nicht erfolgte, die Erbschaft als ausgeschlagen angesehen würde. [5]) Vorbehalten bleiben nöthig

befundene Terminserstreckungen durch das Gericht und der von dem Aufgeforderten erbrachte Beweis, durch höhere Gewalt oder unverschuldeten Zufall (wie namentlich durch Abwesenheit) an der zeitigen Abgabe seiner Erklärung gehindert worden zu sein. [6])

[1]) Durch diesen Uebergang wird der Erbberechtigte wirklich Erbe, d. h. er übernimmt die Verbindlichkeiten des Erblassers und wird Eigenthümer seiner Aktiven. Da er dadurch von Rechtswegen in die Stelle des Erblassers tritt, so erwirbt er dieses Eigenthum, ohne daß hiezu Besitzesübergang, bez. eine Besitzergreifung nothwendig würde, daher z. B. Liegenschaften, um in sein Eigenthum zu gelangen, keines Uebertrags in dem Grundbuch bedürfen und er, wie der Erblasser selbst, hinsichtlich aller in Händen Dritter befindlichen Erbschaftsobjekte die Eigenthumsklage hat. Vgl. preuß. L. R. I. 9. § 368.

[2]) Hiefür sind konkludente Handlungen erforderlich. Dahin gehören z. B. nicht solche, welche die blose Sicherstellung und provisorische Verwaltung des Nachlasses bezwecken, wohl aber eigenthümliche Verfügungen über Erbschaftsgegenstände, Tilgung von Erbschaftsschulden u. dgl. Am besten unterscheidet in dieser Hinsicht *Code Nap.* § 778. („L'acceptation peut être expresse ou tacite: elle est expresse quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé; elle est tacite quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qui'l n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier") und Art. 779. Die Römer drückten sich so aus: „Pro herede gerere videtur is qui aliquid facit quasi heres". Abtretung des Erbrechtes an einen Miterben ist als Annahme der Erbschaft anzusehen. (Vgl. *Code Nap.* § 780, walliser Ges. § 817 u. s. w.)

[3]) Die meisten Gesetze verlangen hiezu regelmäßig eine Anzeige an das Gericht. In diesem Gesetze wird aber, um die gerichtliche Intervention auch in Erbschaftssachen nur auf die Fälle eines reellen Interesses Dritter zu beschränken, so unterschieden, daß das Ausschlagen einer Erbschaft gegenüber den Miterben zu ihrer Gültigkeit einer Anzeige an das Amt nicht bedarf, wohl aber gegenüber den Erbschaftsgläubigern.

Es versteht sich übrigens, daß nicht nur der gesetzliche, sondern auch der Testaments- oder Vertragserbe ausschlagen kann. Das Ausschlagen einer Erbschaft wird natürlich in der Regel nur dann erfolgen, wenn der Erbe dieselbe für unzweifelhaft passiv hält. Eine ausgeschlagene Erbschaft wird zufolge § 481 obrigkeitlich liquidirt.

[4]) Daher ist z. B. einem von einem Verstorbenen hinterlassenen Minderjährigen oder einer von ihm hinterlassenen Wittwe vorerst ein Vormund zu bestellen, ohne dessen, bez. der Vormundschaftsbehörde, Zustimmung über den Erbschaftsantritt keine gültige Erklärungen abgegeben werden können. Auch ist ein blos stillschweigender Antritt hier nicht zuläßig.

[5]) So lange der Erbberechtigte die Erbschaft weder thatsächlich noch ausdrücklich angetreten hat, kann er von den Gläubigern des Erblassers nicht als Erbe betrachtet und somit wegen ihrer Forderungen an jenen nicht belangt werden. Doch haben diese Gläubiger ein Interesse, diesem schwebenden Zustand ein Ende zu machen und beförderlich zu erfahren, ob sie sich (für den Fall, daß der Erbberechtigte ausschlägt) an die Masse (die alsdann obrigkeitlich zu liquidiren ist) oder (für den Fall, daß der Erbberechtigte antritt) an den Erben zu halten haben. Daher ist ihnen die Befugniß eingeräumt, den Erben zu einer innert dreiwöchentlicher Nothfrist abzugebenden Erklärung zu provoziren. Gibt derselbe innert dieser Zeit keine Erklärung ab, so wird angenommen, er habe die Erbschaft ausgeschlagen und demzufolge die obrigkeitliche Liquidation, bez. die konkursmäßige Ausrichtung eingeleitet.

Die meisten neueren Gesetze haben zwar (analog dem röm. spatium deliberandi) vom Tode des Erblassers an laufende Nothfristen zu Abgabe der den Erben

zustehenden Erklärungen, präsumiren aber die Annahme der Erbschaft, wenn letztere nicht innert der peremtorischen Frist bei Gericht ausgeschlagen wurde. So setzt das preuß. L. R. hiefür 6 Wochen, die meisten Schweizer Gesetze (berner, luzerner, solothurner, zürcher, aargauer) 30 Tage fest; das soloth. und zürch. Ges. präsumiren jedoch in solchem Falle die Ablehnung der Erbschaft, wenn der Erblasser „keine Habe" hinterließ. Das österr. Ges. und der *Code Nap.* setzen dagegen zur Annahme oder Ablehnung keine Nothfristen fest. Ebenso walliser Ges. § 814 („die Befugniß, eine Erbschaft anzunehmen, wird nicht vermuthet"). Eine eigenthümliche Bestimmung enthält das freib. Ges. § 914, dahin gehend, daß, wenn volljährige Hausgenossen des Erblassers nicht innert 3mal 24 Stunden die Siegelung verlangen, sie als unbedingt annehmend anzusehen seien.

Unser früheres Gesetz über „Intestaterbfolge" § 3 präsumirte weder die Annahme noch die Ablehnung, indem es ausdrücklich sagte, daß die Erben, so lange sie nicht angetreten, „für keine Verbindlichkeiten des Erblassers haften." Unser Privatrecht folgt nun in obigen Bestimmungen der letzteren, auch dem röm. Recht entsprechenden, Ansicht, in der Meinung, daß Nothfristen überhaupt so lange nicht gerechtfertigt sind, als nicht das Interesse Dritter es erheischt. Für den Fall dagegen, daß einem Gläubiger oder Miterben daran gelegen wäre, über Annahme oder Ablehnung einer Erbschaft ins Klare zu kommen, ist in obiger Vorschrift genügend dadurch vorgesorgt, daß derselbe dem Erben hiefür eine dreiwöchentliche Nothfrist durch das Gericht kann ansetzen lassen. (Der ursprüngliche Entwurf hatte im Interesse der Beschleunigung das Kreisamt hiezu ermächtigen wollen.) Auch nach röm. R. wurde dem Erben erst wenn ihn die Interessenten drängten, eine (neunmonatliche) peremtorische Deliberationsfrist ertheilt, nach deren Ablauf es den Erbberechtigten, wenn er die Frist ohne Erklärung verstreichen ließ, zum Vortheil anderer Erben als Nichterben, zum Vortheil der Gläubiger dagegen als Erben behandelte. Die neueren Gesetze gehen, wie bemerkt, hinsichtlich der Rechtsfolgen, die sie an den unbenutzten Ablauf der von ihnen dem Erben zu seiner Erklärung eingeräumten gesetzlichen Nothfrist knüpfen, sehr auseinander.

Eine besondere Erwähnung verdient noch die Bestimmung des soloth. Ges. § 476 und des zürch. Ges. § 1981, wodurch denjenigen, die mit dem Erblasser in gemeinschaftlicher Haushaltung lebten, 30 Tage nach dessen Tode noch Wohnung und Nahrung zugesichert werden. Es mag dies aber besser der Sitte und Menschlichkeit überlassen bleiben.

[6]) Wenn freilich die Erbmasse schon konkursmäßig ausgerichtet wäre, so wäre die Restitution nicht mehr möglich. Vgl. zürch. Ges. §§ 1991 und 1992.

Anmerk. Die Oberbunds-Stat. enthielten über den Erbschaftsantritt folgende Bestimmung: „Die Erben so von eines Verstorbenen Gut wenig oder vil ohne Obrigkeitliche Erlaubnus zu handen nemmen, oder innert zwey Monaten sich der Erbschaft vor Obrigkeit nit entsagen, sollen die Schulden abzutragen auch schuldig seyn, es wurde dann auf ihr anhalten von der Obrigkeit jhnen eine längere Bedenkzeit umb sich wegen antrettung der Erbschaft zu erklären gestattet und vergundt." Nach den Averser St. (87) hatte der Erbe sofort nach dem Anfall die „nechsten Freündt" des Verstorbenen zu berufen, welche durch dazu verordnete ehrbare Männer das Inventar aufzunehmen hatten. War dies nicht möglich, so hatte er sich zu demselben Zweck bei Ammann und Gericht anzumelden, und zwar bei Verlust seines Erbrechts. Obervaz gewährte den Erben eine Ueberlegungsfrist von 15 Tagen, nach deren Ablauf die Erben, wenn sie innert der Frist nicht zu Handen der Obrigkeit die Ablehnung erklärt hatten, als annehmend betrachtet wurden. Die Oberengadiner Stat. gestatteten die Erbschaftsablehnung, erklärten aber diejenigen Erbberechtigten für die Schulden des Erblassers haftbar, welche viel oder wenig sich an der Erbschaft betheiligten (**chi havessan partecipo a l'hierta poch u bgier**). Ferner erklärten sie die, die Erbschaft ihrer Eltern ausschlagenden Kinder nicht für berechtigt, an Seitenerbschaften sich zu betheiligen, so lange die Schulden der ausgeschlagenen Erbschaft nicht getilgt wurden.

§ 477.

Wirkung der Annahme und Ablehnung.

Die einmal erfolgte Annahme oder Ablehnung einer Verlassenschaft durch einen Erbberechtigten ist gegenüber Miterben sowohl als Erbschaftsgläubigern verbindlich. [1])

Sind mehrere Erben vorhanden, so fällt der von einem derselben ausgeschlagene Antheil von Rechtswegen seinen Miterben und zwar nach Verhältniß ihrer Erbantheile zu. [2])

Mehrere Erben sind, nachdem sie die Erbschaft angenommen, den Gläubigern des Erblassers (mit Vorbehalt des § 479) solidarisch so lange haftbar, bis letztere einzelne Erben als ausschließliche Schuldner angenommen haben. [3]) Unter sich sind mehrere Erben nach Verhältniß ihrer Erbantheile verpflichtet, so daß, wenn nur einzelne Erben auf das Ganze belangt werden, ihnen der Rückgriff auf die Miterben im Verhältniß ihrer Erbantheile zusteht. [4]) Die eine Erbschaft ausschlagenden Erben sind den Gläubigern überhaupt nicht haftbar. [5])

Ist die Erbschaft von allen zur Zeit Erbberechtigten ausgeschlagen, so wird der Nachlaß nach Anleitung des § 481 sofort gerichtlich liquidirt.

[1]) Es kann also ein Erbe, welcher die Erbschaft (thatsächlich oder ausdrücklich) antrat, sich nachträglich aber von ihrer Passivität überzeugte, dieselbe nicht mehr ausschlagen noch auch die Rechtswohlthat des Inventars anrufen (§ 478). Es wird daher jeder Erbberechtigte sich vor einem voreiligen Antritt einer Erbschaft, deren Aktivität zweifelhaft ist, zu hüten haben. Eben so wenig kann ein Erbberechtigter, der eine Erbschaft ausgeschlagen hat, ohne Zustimmung der am Schicksal der Masse Interessirten hinterher die Ablehnung widerrufen (etwa weil er sich von der Aktivität des Nachlasses überzeugte). (Vgl. *Code Nap.* § 783.) Das Nämliche galt nach röm. R., das jedoch Restitutionsgründe zuließ.

[2]) Gesetzt, der Erblasser A hinterlasse zwei Kinder B und C und, von dem verstorbenen Sohne D, drei Enkel E, F und G. B schlägt die Erbschaft aus; C und seine Neffen E, F und G treten sie an. Nach Bereinigung des Nachlasses ergibt sich ein aktiver Ueberschuß von Fr. 9000. Alsdann wäre derjenige Theil, der auf B gefallen wäre, wenn er nicht ausgeschlagen hätte, nämlich Fr. 3000, zwischen C und dessen Neffen so zu vertheilen, daß C daran die Hälfte, mithin Fr. 1500 und dessen drei Neffen E, F und G (als Repräsentanten des verstorbenen D) mit einander die andere Hälfte, somit jeder Fr. 500 erhielten. Das nämliche Verhältniß wäre zu beobachten bei Vertheilung einer allfälligen Passivität. Es ist dieses das sog. Anwachsungsrecht (ius accrescendi), das sowohl nach röm. R. als nach allen neuern Gesetzgebungen gilt. Der nämliche Grundsatz findet Anwendung bei ausgeschlagenen oder dahingefallenen Legaten.

[3]) Gesetzt, A habe an B Fr. 3000 zu gut. B stirbt und hinterläßt drei Kinder C, D und E, welche die Erbschaft antreten. Alsdann steht es dem A frei, jeden dieser drei Erben um die ganze Schuld von Fr. 3000 zu belangen, es wäre denn, daß mit seiner Zustimmung einer der Erben allein die Schuld übernommen hätte, in welchem Falle A sich natürlich nur an denjenigen halten könnte, an welchen er sich hatte weisen lassen. Eine Ausnahme von dieser solidarischen Haftbarkeit enthält § 479 Schluß.

[4]) Mußte also im Fall von Note 3 z. B. C dem A, weil er von diesem soli-

darisch belangt wurde, die ganze Schuld von Fr. 3000 bezahlen, so steht ihm der Rückgriff auf D und E um je Fr. 1000 zu.

[5]) Es versteht sich, daß, wenn von mehreren Miterben einer ausschlägt, die übrigen aber antreten, so daß es zu keiner gerichtlichen Liquidation kommt, der Ausschlagende nur dadurch von der Haftbarkeit gegenüber den Gläubigern befreit wird, daß er seine Ablehnung dem Amt (laut § 476 5ter Absatz) anzeigt. Hat der Ablehnende keine annehmenden Miterben oder schlagen alle Erbberechtigten aus, so wird der Nachlaß konkursmäßig ausgerichtet (§ 431) und können sich die Gläubiger nur an die Masse, so weit diese Deckung gibt, halten.

[6]) Diejenigen, welchen die Erbschaft anfällt (§ 475) entscheiden durch ihren Antritt oder ihre Ablehnung endgültig über das Schicksal der Erbschaft. Somit ist die Entsagung eines Erben auch für die entfernteren Erben, d h. für diejenigen verbindlich, welche, wenn er (der Ausschlagende) zur Zeit des Anfalls nicht gelebt hätte, zur Erbschaft berufen gewesen wären, so daß letztere nicht etwa an des ersteren Stelle die Erbschaft annehmen können. Demnach können, wenn z. B. B die Erbschaft seines Vaters A ausschlägt, nicht etwa die Kinder des B an des letzteren Stelle die Erbschaft antreten. Eben so wenig stünde diese Berechtigung, falls B weder Geschwister noch Kinder hätte, dessen etwaigen Oheimen oder Vettern (den Verwandten aus einer entfernteren Stammlinie) zu. (Eine Modifikation findet sich hinsichtlich des aktiven Ueberschusses einer ausgeschlagenen Erbschaft in § 481.) Die neueren Gesetzgebungen halten es in diesem Punkt verschieden. Der *Code Nap.* §§ 786 und 787 läßt die Erbschaft, wenn der Entsagende allein Erbberechtigter war, auf den nächstfolgenden Grad fallen, vorausgesetzt, daß dieser nicht nur vermöge des Repräsentationsrechtes eintreten könnte. Nach dem soloth. Ges. § 613 fällt die Erbschaft, wenn der Ausschlagende keine annehmenden Miterben hat, vorerst dem überlebenden Ehegatten und nach diesem den entferntern Verwandten zu. Nach dem zürch. Ges. § 1995 dagegen ist in solchem Falle die Erbschaft nur dem überlebenden Ehegatten anzubieten. Nach dem walliser und freib. Ges. fällt der Antheil des Verzichtenden denjenigen zu, welche hiezu berufen würden, wenn der Verzichtende nicht da wäre.

§ 478.

Bedingte Antretung.

(Rechtswohlthat des Inventars, beneficium inventarii.)

Es kann ein Erbe auch nur bedingt (mit Vorbehalt des Inventars), d. h. auf Grund einer obrigkeitlichen Aufnahme des Bestandes der Verlassenschaft, die Erbschaft antreten. [1]) In solchem Falle hat er diese seine Absicht dem zuständigen Kreisgerichte anzuzeigen, welches mittelst Erlassung eines Rechnungsrufes [2]) (§ 141) und Aufnahme eines Inventars [3]) den Stand der Erbschaft erheben und sofort dem Erbberechtigten zur Kenntniß bringen soll.

Dem Erben steht innert drei Wochen, nachdem er von dem Stand der Erbschaft Kenntniß erhalten, [4]) noch frei, von der bedingten Annahme der Erbschaft zurückzutreten, widrigenfalls er als bedingt antretend angesehen wird. [5])

Stellt von mehreren Erben auch nur einer das Verlangen um Aufnahme eines Inventars, so muß dem Begehren Folge gegeben werden. [6])

Jeder Erbe ist überdies berechtigt, eine amtliche Schätzung der Erbschaftsgegenstände zu verlangen. [7])

Die durch das Begehren um Aufnahme eines Inventars und

Schätzung verursachten Kosten gehen auf Rechnung der Verlassenschaft.[8])

[1]) Dieses dem röm. Recht angehörende Institut (beneficium inventarii) ist in das gesammte neuere Recht (in schweizerische Gesetze meist unter dem Namen des „öffentlichen Güterverzeichnisses") übergegangen. Obwohl nun auch unser früheres Gesetz über Intestaterbfolge (§ 4 Ziff. 1 und 3) es adoptirt hatte, so ist dasselbe doch bei uns bisher nie eigentlich zur Geltung gekommen, und zwar aus dem Grunde, weil vermöge des Mißbrauches der Rechnungsrüfe die Erben es stets bequemer fanden, ohne Weiteres einen sog. Todtenruf zu verlangen, der dann (vermöge § 3 des Konkursgesetzes) ohne weitere Erklärungen der Erben ipso iure die Konkurseröffnung zur Folge hatte, sobald sich der Nachlaß passiv zeigte. Da aber hinwieder das Begehren um Erlassung eines Todtenrufes an keine Nothfrist, ja selbst nicht an die Voraussetzung, daß die Erben nicht schon in den Besitz des Nachlasses getreten seien, geknüpft war, so ereignete es sich oft, daß erst lange Zeit nach dem Hinschiede des Erblassers und nachdem die Erben schon theilweise sich in den Besitz des Nachlasses gesetzt und jedenfalls ohne daß sie über Annahme oder Nichtannahme der Erbschaft irgend eine Erklärung abgegeben hätten, Todtenrüfe verlangt und erlassen wurden: ein Verfahren, das rechtlich unstatthaft ist. Im ursprünglichen Entwurf hieß es: „Wenn ein Erbe die Rechtswohlthat des Inventars anspricht, d. h. die Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Verlassenschaft, bis der Stand der letzteren ermittelt ist, sich vorbehalten will, so hat er dieses dem zuständigen Kreisgerichte anzuzeigen" u. s. w. Die erste Kommission beschloß obige Fassung.

[2]) Es ist dieses einer derjenigen Fälle, in welchen auch andere Gesetzgebungen den bei uns sog. Rechnungsruf (Ediktalaufforderung an die Gläubiger) zulassen. In der That ist dieser zu einer definitiven Feststellung des Erbschafts-Status fast unerläßlich. Es versteht sich, daß auch die Erben selbst die ihnen (abgesehen von ihrem Erbrecht) an den Erblasser zustehenden Forderungen auf den Ruf einreichen können. Im ursprünglichen Entwurf war dies ausdrücklich gesagt. Daß Legatare, wenn sie von dem Legat Kenntniß haben, auf den Rechnungsruf ebenfalls einzulegen haben, versteht sich, da die Legate ja auch als Schulden der Verlassenschaft anzusehen sind (s. § 474 Note 4).

[3]) Nach röm. R. und auch nach mehreren neueren Gesetzgebungen liegt die Pflicht der Inventarisation zunächst dem Erben selbst ob. Allein mit Recht ist dieselbe von neueren Gesetzen anderen und auch von unserm früheren Gesetz über Intestaterbfolge dem Gerichte, als einer unpartheiischen Stelle, übertragen worden.

[4]) Es ist dies eine von Mittheilung des Inventars an gesetzlich laufende (somit nicht erst vom Gerichte anzuberaumende) Nothfrist.

[5]) Das Gesuch eines Erben um die Rechtswohlthat des Inventars ist als eine vorläufige bedingte Abtretung anzusehen. Innert der Nothfrist von drei Wochen, nachdem ihm der Erbschaftsstand zur Kenntniß gebracht wurde, steht ihm aber noch frei, entweder die Erbschaft ganz auszuschlagen (wenn etwa das Inventar ein sehr ungünstiges Resultat ausweisen sollte) oder sie unbedingt anzutreten (wenn z. B. der Stand der Erbschaft sich sehr günstig herausstellte). Gibt der Erbe innert jener Nothfrist keine Erklärung ab, so wird angenommen, er habe definitiv bedingt angetreten und wird daher nach Anleitung des § 479 verfahren. Im ursprünglichen Entwurf hieß es (im Einklang mit der abweichenden Fassung dieses § — s. Note 1): „Gibt der Erbberechtigte innert der ihm anberaumten Nothfrist keine Erklärung ab, so wird vermuthet, er trete die Erbschaft mit Vorbehalt (bedingt) an."

[6]) Vgl. österr. Ges. § 807, soloth. Ges. § 490, zürch. Ges. § 1999 u. a. Gesetzt, von den Miterben A, B und C wollen A und B unbedingt antreten, während C das beneficium inventarii verlangt, so werden A und B sich die obrigkeitliche Inventarisation gefallen lassen müssen. Wie aber, wenn nach dieser Inventarisation die Erben ungleiche Erklärungen abgeben, z. B. A ausschlägt, B

bedingt und C unbedingt antreten will? Alsdann wächst der Erbantheil des A vorerst seinen Miterben B und C zu, von beiden letzteren aber wird B nur bedingt, d. h. nur bis auf den Belauf des Inventars, C aber unbedingt, d. h. auch noch darüber hinaus haften (beides nach Anleitung des § 479) — ein Fall, der freilich in praxi nicht leicht vorkommen wird.

7) Diese Schätzung wird in der Regel nothwendig werden nicht nur um den Erben eine genaue Einsicht in den Bestand der Verlassenschaft zu gewähren, sondern auch um für den Fall des bedingten Antrittes späteren Streitigkeiten über den Betrag der Aktiven und über das daherige Maß der Haftbarkeit der Erben vorzubeugen. Vgl. zürch. Ges. § 2000. Obligatorisch schreiben die Schätzung vor das berner Ges. und soloth. Ges.

8) Das zürch. Ges. §§ 1999 und 2000 belegt die Erben mit den diesfälligen Kosten. S. dagegen *Code Nap.* § 810. In der That sind dies Operationen, welche im Falle der Ablehnung der Erbschaft und der Einleitung eines Konkursverfahrens ohnehin größtentheils nothwendig würden, so daß die Gläubiger durch Ueberbindung der Kosten an die Masse kaum geschädigt zu werden Gefahr laufen. Es stimmt dieses auch mit dem röm. R., welches die Inventurkosten ebenfalls der Masse überband.

§ 479.

Wirkung der bedingten Antretung.

Die bedingte Antretung hat zur Folge, daß den Erben zwar die Verlassenschaft (mit Vorbehalt der Bestimmungen der §§ 480 und 481) überlassen wird [1]) dieselben jedoch den Gläubigern (und Legataren), welche auf den Rechnungsruf einlegten, unbedingt und solidarisch und denjenigen, welche die Einlage versäumten, bis auf den Belauf des, laut amtlichem Inventare sich ergebenden, aktiven Ueberschusses haften. [2]) Jedenfalls erlischt gegenüber den letzteren die solidarische Haftbarkeit der Erben (vgl. § 148).

1) Das Gesetz will die obrigkeitliche Verwaltung und Liquidation von Verlassenschaften auf diejenige Fälle einschränken, in welchen solche (zufolge §§ 480 u. 481) durch die Umstände geboten oder gerechtfertigt sind. Treten solche Umstände nicht ein, so ist die Erbschaft, selbst wenn nur eine bedingte Antretung erfolgte, den Erben zuzustellen, was zur Folge hat, daß sich die Erbschaftsgläubiger fortan an letztere halten müssen und daß die Erben die Erbschaftsbereinigung selbst vorzunehmen haben.

2) Denjenigen Gläubigern und Legataren, welche innert dem ergangenen Rechnungsruf ihre Forderungen anmeldeten, haben die Erben unbedingt und solidarisch, somit gerade so, als ob sie die Erbschaft unbedingt angetreten hätten, nöthigenfalls selbst mit ihrem eigenen Vermögen, zu haften; denn sie kannten ja dieselben schon aus dem amtlichen Inventar und waren daher im Falle, ihre Entschließungen über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft danach einzurichten. Anders verhält es sich hinsichtlich derjenigen Gläubiger und Legatare, welche die Einlage versäumten. Diesen gegenüber sind die Erben, welche bedingt antreten, zwar nicht unbedingt frei, wohl aber haften sie ihnen gegenüber: 1) nicht weiter als der Betrag der Erbschaft reicht und 2) nicht solidarisch. Z. B. die Erben A, B und C haben eine Erbschaft bedingt angetreten, welche laut amtlichem Inventar ein Aktivum von Fr. 50,000 und ein Passivum von Fr. 47,000 auswies. Nachträglich meldet sich noch ein Gläubiger D mit einer, auf den Ruf nicht eingelegten Forderung von Fr. 7000 an. Alsdann wird D sich vorerst gefallen lassen müssen, daß die Erben seine Forderung blos im reduzirten Betrag von Fr. 3000 als „dem

Belauf des laut amtlichem Inventar, sich ergebenden aktiven Ueberschusses" der Erbschaft anerkennen, und überdies wird D nicht einen einzelnen Erben um die Bezahlung der sämmtlichen Fr. 3000 angehen, sondern nur jeden derselben um je Fr. 1000 belangen können. Eine mit Pfand versicherte Forderung würde freilich durch die Nichtanmeldung ihres dinglichen Rechtes nicht verlustig (s. § 148). Der bedingte Antritt auf Grund des amtlichen Inventars schließt übrigens die Anerkennung der materiellen Begründetheit der angemeldeten Forderungen ab Seite des Erben nicht in sich. Auch versteht es sich, daß, wenn die Passivität der Erbschaft in der Folge (durch Rückzug angemeldeter Forderungen, Nachlaß u. s. w.) reduzirt und dadurch ihre Aktivität erhöht werden sollte, diese nachträgliche Steigerung des aktiven Ueberschusses eine entsprechende Ausdehnung der Haftbarkeit gegenüber Erbschaftsgläubigern, die ihre Anmeldung versäumt haben sollten, zur Folge haben müßte, indem das Gesetz durch die „Wohlthat des Inventars" zwar wohl die Beschränkung der Haftbarkeit über den Betrag der Erbschaft hinaus, nicht aber dessen Bereicherung zum Nachtheil der Gläubiger des Erblassers beabsichtigt. Vollends würden illusorische Forderungen, die der Erbe etwa um den aktiven Ueberschuß der Erbmasse möglichst zu verkleinern, auf den Rechnungsruf angemeldet haben möchte, demselben nicht zu Statten kommen können. Es versteht sich aber, daß der Beweis eines größeren Ueberschusses, als der vom amtlichen Inventar aufgewiesene, dem den Erben nachträglich in Anspruch nehmenden Gläubiger obläge.

Ueber die Folgen der unterlassenen Eingabe von Forderungen urtheilen die Gesetzgebungen sehr verschieden. Während das berner Ges. § 653 und das zürch. Ges. § 2002 (letzteres mit Zulassung von Restitutionen) die nicht rechtzeitig angemeldeten Forderungen zu Gunsten der Erben als erloschen erklären, läßt das österr. Ges. § 814 sie so lange noch zu, als die Verlassenschaft noch nicht „erschöpft" ist. Das soloth. Ges. § 507 nimmt zwar letzteres auch an, erklärt aber die Erben nur noch 2 Jahre lang haftbar.

§ 480.

Gerichtliche Verwahrung.

Abgesehen von der durch den Erbberechtigten (laut § 478) nachgesuchten Inventarisation, kann eine Verlassenschaft von dem Kreisamte desjenigen Ortes, wo der Erblasser zuletzt wohnte, beziehungsweise, auf dessen Requisition, von den Kreisämtern auch anderer Kreise, in welchen sich Bestandtheile der Verlassenschaft vorfinden möchten, in gerichtliche Verwahrung genommen,[1]) beziehungsweise gesiegelt[2]) und, sofern es verlangt oder sonst nöthig befunden wird, auch inventarisirt[3]) werden:

1. wenn Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß die Verlassenschaft erblos sei, auf Ansuchen der für diesen Fall berechtigten Gemeinde, beziehungsweise des Staates;[4])
2. wenn unter den Erbberechtigten obrigkeitlich zu Bevormundende sind;[5])
3. auf begründetes Ansuchen eines Gläubigers, Legatars oder Miterben (beziehungsweise ihrer gesetzlichen Vertreter) zur Sicherung seiner Rechte;[6]) sowie der Testamentsvollstrecker zum Behufe der Testamentsvollziehung;[7])
4. um die Rechte unbekannter oder zwar bekannter, aber durch keinen Bevollmächtigten vertretener, abwesender Erben zu schützen.[8])

In letzterem Falle sowie wenn überhaupt wegen sich erhebender Anstände nicht sofort zur Theilung geschritten werden kann, mag das Kreisamt überdies zur Verwaltung der Verlassenschaft und Erhaltung ihres ungeschmälerten Bestandes, bis Austrag der Sache, einen Kurator bestellen. So lange kein solcher bestellt ist, hat das Kreisamt selbst für die unversehrte Erhaltung der Verlassenschaft besorgt zu sein. [9])

Findet sich im Falle der gerichtlichen Verwahrung einer Verlassenschaft ein Testament des Erblassers vor, so ist von demselben sofort den Betroffenen (Erben und Legataren) amtlich Kenntniß zu geben. [10])

[1]) Unser früheres Gesetz über Intestaterbfolge war in diesem Punkte höchst ungenügend, indem es (§ 4 Ziff. 2) die „obrigkeitliche Aufsicht und Verwaltung" nur dann vorschrieb, wenn die „gültige Annahme der Erbschaft in Zweifel liegt", während doch der Fälle, in welchen eine amtliche Verwahrung des Nachlasses nöthig wird, mehrere, und namentlich die im obigem § speziell hervorgehobenen, gedenkbar sind und es einerseits nicht Sache der Gerichte sein kann, bei jedem vorkommenden Todesfall sich von Amtswegen darum zu kümmern, ob die Annahme der Erbschaft zweifelhaft sei oder nicht, vielmehr es füglich (mit Vorbehalt des den abwesenden und unbekannten oder der Bevormundung bedürftigen Erben zu gewährenden Schutzes) den Interessirten selbst (Erben, Legataren und Gläubigern) überlassen werden mag, wenn sie es für Wahrung ihrer Rechte nöthig finden, behufs amtlicher Verwahrung des Nachlasses die Initiative zu ergreifen. Vollends ungerechtfertigt war das bis in die jüngste Zeit in Chur üblich gewesene Verfahren, wonach regelmäßig jede Verlassenschaft, ohne alle äußere Veranlassung, von Amtswegen unter Kuratel gesetzt und sogar in obrigkeitliche Liquidation genommen wurde.

[2]) Die Siegelung der, die Erbschaftseffekten enthaltenden Lokalitäten, Schränke, Kommoden u. s. w. ist eine gewöhnliche Form der gerichtlichen Verwahrung. Daß die Schlüssel zu Amtshanden zu nehmen sind und sonst auch das Nöthige zu Sicherung der Erbschaftsgegenstände zu geschehen hat, versteht sich. Namentlich wird man wohl daran thun, Werthpapiere, Baarvorräthe, Intereßschriften und Kleinodien in besondere amtliche Verwahrung zu nehmen und ein Verzeichniß davon zu fertigen.

[3]) Die Inventarisation wird nicht bei jeder amtlichen Verwahrung nothwendig werden; wohl aber wird sie vorzunehmen sein, wenn sie (von Miterben, Gläubigern 2c.) besonders verlangt wird oder auch von Amtswegen, wenn Verschleppungen zu besorgen sind. Es versteht sich übrigens, daß diese Inventarisationen, den Fall des beneficium inventarii ausgenommen, ohne Rechnungsruf zu erfolgen haben. Vgl. luzerner Ges. § 376.

[4]) S. zürch. Ges. § 1983.

[5]) Wenn z. B. dem Amte bekannt ist oder ihm von der Vormundschaftsbehörde oder Verwandten zur Kenntniß gebracht wird, daß unter den Erbberechtigten sich Minderjährige oder Geisteskranke befinden, die laut Gesetz einer Bevormundung bedürfen, um sich gültig über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft auszusprechen, so wird der Nachlaß bis zur Erledigung der Bevormundungsfrage in gerichtliche Verwahrung zu nehmen, gleichzeitig aber der betreffenden Vormundschaftsbehörde, wenn es dieser nicht ohnehin bekannt sein sollte, davon Kenntniß zu geben sein. Vgl. luzerner Ges. § 372, freib. Ges. § 875, zürch. Ges. § 1982. In diese Klasse gehören auch Nachgeborne.

[6]) Z. B. der Erblasser A stirbt mit Hinterlassung eines Sohnes B, der bei ihm wohnte, und eines anderwärts befindlichen Sohnes C. In solchen Fällen kann C, je nachdem er zu B steht, ein Interesse haben, die gerichtliche Verwahrung des Nachlasses zu verlangen, aus Besorgniß, B möchte die günstige Gelegenheit dazu benutzen,

um sich Erbschaftsgegenstände anzueignen u. s. w. Ebenso können Gläubiger und Legatare ein Interesse daran haben, für ihre Forderungen, bevor die Erbschaft in den Besitz der Erben übergeht, sicher gestellt zu sein und bis dahin die gerichtliche Verwahrung derselben zu verlangen. Es muß aber ein rechtliches Interesse an der Siegelung wahrscheinlich gemacht werden und darf das Gesuch nicht als offenbar chikanös erscheinen. Vgl. zürch. und luzerner Ges. a. a. O.; mit Rücksicht auf die Gläubiger auch *Code Nap.* § 820. Was die Gläubiger betrifft, so hatten dieselben auch nach röm. R. ein sog. ius separationis d. h. das Recht zu verlangen, daß die Erbschaftsmasse von dem Vermögen des Erben bis zu ihrer Befriedigung getrennt gehalten werde, in welchem Falle sie freilich auf einen Anspruch an den Erben verzichten mußten. (Puchta Pand. § 509.)

[7]) S. § 513. Die Testamentsvollstrecker sind berechtigt und verpflichtet, jede die Vollziehung ihres Auftrages durchkreuzende Einmischung der Erben in die Erbschaft zu verhüten.

[8]) Z. B. es fällt im Kanton eine Erbschaft, an welcher ein in Amerika befindlicher Erbberechtigter, der hier keinen Bevollmächtigten hat, betheiligt ist; oder es stirbt ein hier niedergelassener Fremder, dessen auswärtige Erben unbekannt sind. In solchen Fällen wird das Kreisamt möglichst dafür sorgen, daß den betreffenden Interessirten von dem Fall schleunig Kenntniß gegeben werde. Vgl. luzerner Ges. § 372 und *Code Nap.* § 819. Die meisten Gesetzgebungen schreiben überdies die Bestellung eines außerordentlichen Kurators für den unbekannt Abwesenden vor. Indeß wird dieses in der Regel nicht eher nothwendig werden, als wenn es sich darum handelt, dem Abwesenden bei der, nicht länger zu verschiebenden Theilung einen Vertreter zu geben (s. § 132 Note 1).

[9]) Die Bestellung einer Erbschaftskuratel wird keineswegs bei jeder amtlichen Siegelung und Inventarisirung, sondern in der Regel nur wenn voraussichtlich die Masse längere Zeit ungetheilt bleiben muß, nöthig werden. Vgl luzerner. Ges. § 377. Dieser Kurator hat keine Befugniß, die Masse zu liquidiren oder Veräußerungen vorzunehmen, so weit diese nicht dem Verderbniß ausgesetzte Gegenstände beschlagen. Vgl. zürch. Ges. § 1985. Dagegen wird er allerdings der Familie des Erblassers, wenn diese bedürftig sein sollte, die nach Umständen erforderliche und schuldige Unterstützung aus der Erbmasse interimistisch zu verabreichen haben. (Vgl. freib. Ges. § 898.)

[10]) Neuere Gesetze enthalten oft einläßliche Bestimmungen über die Eröffnung von Testamenten. Gewöhnlich ist dieselbe anderswo den Notaren übertragen. Obige Vorschrift mag indessen für unsere Verhältnisse genügen.

Anmerk. Mehrere Schweizergesetze verlangen auch die Siegelung, wenn Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit von dem Vorhandensein eines Testaments vorhanden ist (s. freib. Ges. § 895). Allein füglich kann den hiebei Betheiligten überlassen werden, bei dem Amt um die Siegelung einzukommen. Der Entwurf hatte eine gerichtliche Verwahrung und Inventarisation auch noch vorgeschrieben: „auf begründetes Verlangen der Steuerkommission oder des Kleinen Rathes zur Ermittlung, ob der Verstorbene sein Vermögen richtig versteuert hat“, und zwar von der Ansicht ausgehend, daß dieses das einzige wirksame Mittel sein möchte, um unserm Steuergesetz eine durchgreifende möglichst gewissenhafte Nachachtung zu verschaffen. Während die erste Kommission diesem Antrag beigepflichtet hat, verwarf ihn die zweite aus Besorgniß eines zu weit gehenden amtlichen Eindringens in die Vermögensverhältnisse der Staatsbürger.

§ 481.

Gerichtliche Liquidation.

Eine gerichtliche Liquidation der Verlassenschaft [1]) in Verbindung mit einem Rechnungsruf, wenn dieser nicht schon in

Folge nachgesuchter Wohlthat des Inventars (§ 478) erlassen wurde, muß (laut § 138 ff., beziehungsweise § 152 ff.), angeordnet werden:

1. wenn die Erbschaft ausgeschlagen wurde; [2])
2. wenn ein Gläubiger oder Legatar, sofern er für seine Forderung von den Erben nicht sicher gestellt wurde, es verlangt, [3]) in welchem Falle jedoch Gläubiger und Legatare mit ihren Ansprüchen auf den Betrag der Verlassenschaft beschränkt bleiben. [4])

Bei jeder gerichtlichen Liquidation sind die mit Vermächtnissen Bedachten erst nach Befriedigung der übrigen Gläubiger auszurichten. [5]) Ein alsdann sich etwa noch ergebender aktiver Ueberschuß ist, wenn die Erbschaft nicht ausgeschlagen war, an die Erben zu verabfolgen. [6])

War die Erbschaft **ausgeschlagen**, so kommt ein allfälliger Ueberschuß den, den ausschlagenden nächstfolgenden gesetzlichen Erben zu, [7]) es wäre denn, daß die Erbschaft nur von ausschließlich durch Testament oder Vertrag berufenen Erben, mit welchen keine gesetzlichen Erben konkurrirten, ausgeschlagen worden wäre, in welchem Falle der sich ergebende Ueberschuß den nächsten gesetzlichen Erben zufällt. [8])

Sind **keine** gesetzlichen Erben mehr vorhanden, so ist in solchem Falle der Ueberschuß als **erbloses Gut** (§ 499) zu behandeln. [9])

[1]) Entgegen unserer früheren Gesetzgebung wird hier zwischen eigentlicher gerichtlicher Liquidation und bloser gerichtlicher **Verwahrung** streng unterschieden. Die Zuläßigkeit der ersteren ist auf die wenigen Fälle dieses § eingeschränkt.

[2]) Alsdann versteht sich die gerichtliche Liquidation von selbst. Eine ausgeschlagene Erbschaft wird (zufolge § 152 Ziff 6) stets sofort als **Konkursmasse** behandelt und danach ausgerichtet. Hinsichtlich eines allfälligen aktiven Ueberschusses verfügt der vorletzte Absatz dieses §. Verschiedene Gesetze lassen auch in diesem Falle keine gerichtliche Liquidation eintreten, sondern erklären blos die Gläubiger berechtigt, „an der Stelle des Ausschlagenden die Erbschaft anzutreten“, so zwar, daß der allfällige Ueberschuß auch als erbloses Gut behandelt wird. S. *Code Nap.* § 788 und **zürch.** Ges. § 1989.

[3]) Dieses Verlangen kann jeder einzelne Gläubiger oder Legatar stellen, gleichviel ob der Erbe unbedingt oder bedingt angetreten habe, unter der Voraussetzung jedoch, daß er von dem Erben für seinen Anspruch **nicht sicher gestellt wurde**, wogegen er, sobald dieses geschieht, an der gerichtlichen Liquidation kein reelles rechtliches Interesse mehr hat und daher der Aushändigung der Erbschaft an den Erben nichts mehr in den Weg zu legen berechtigt ist. Diese schon von dem **römischen** Recht den Gläubigern zuerkannte (unter dem Namen „Separationsrecht“ bekannte) Befugniß der Gläubiger, den Uebergang der Erbschaft in den Besitz des Erben für so lange bis sie sicher gestellt oder befriedigt sind, zu verhindern, ist auch in die neueren Gesetzgebungen übergegangen. Es hat dieses Recht namentlich dann für die Gläubiger Werth, wenn dieselben Verschleppungen besorgen oder wenn eine im Kanton gefallene Erbschaft in das Ausland gezogen werden will. Für die Leistung der Sicherheit bestimmte das **soloth.** Ges. § 503 eine gesetzliche Nothfrist von 14 Tagen. Das **zürch.** Ges. § 2016 läßt diese Separation allgemein zu, wenn die Gläubiger einen ihnen sonst drohenden Nachtheil bescheinigen, ohne sie jedoch dadurch des Rückgriffs auf die Erben verlustig zu erklären. Das **freib.** Ges. § 981 ver-

fügt blos eine Beschlagnahme der Verlassenschaft für so lange, bis Gläubiger oder Legatare ausbezahlt oder sichergestellt wurden.

[4]) Der Erbe haftet also, wenn es zur obrigkeitlichen Liquidation seiner Erbschaft kommt, den Erbschaftsgläubigern überhaupt nicht mehr, gleichviel, ob er bedingt oder unbedingt angetreten hatte. Ebenso nach röm. R. Vgl. öster. Ges. § 812. Es ist dieses offenbar der Gerechtigkeit angemessen. Denn durch die Hinderung des Erben, in den Besitz der Erbschaft zu treten und über sie zu verfügen, erklärt der Gläubiger, thatsächlich sich an den Nachlaß und nicht an den Erben zu halten. Auch wäre es unbillig, dem Erben zuzumuthen, die mit einer gerichtlichen Liquidation oft verbundenen ökonomischen Nachtheile zu tragen, während man ihn hindert, die mit dem Eintritt in den Besitz der Erbschaft verbundenen Vortheile zu genießen. Da übrigens bei dieser Liquidation die Passivität der Erbschaft nicht zu vermuthen ist, indem sie sonst von dem Erben muthmaßlich ausgeschlagen worden wäre, so ist sie zunächst als eine aktive Masse zu behandeln (§ 138 d).

[5]) Es liegt dies in der Natur der Vermächtnisse, da solche (s. § 447) nur aus dem reinen Vermögen gültig bestellt werden können.

[6]) Der Erbe kann natürlich durch die ihm auferlegte obrigkeitliche Liquidation des Nachlasses seines Erbrechtes mit Rücksicht auf den allfälligen aktiven Ueberschuß nicht verlustig werden, sofern er die Erbschaft nicht ausschlug.

[7]) Das Ausschlagen der Erbschaft ist zwar für die, den ausschlagenden nächstfolgenden gesetzlichen Erben in so weit verbindlich, als sie die ausgeschlagene Erbschaft nicht (sei es bedingt sei es unbedingt) antreten können (s. § 477, Note 6) und es demnach zu deren konkursmäßiger Behandlung müssen kommen lassen. Sollte aber diese obrigkeitliche Liquidation einen aktiven Ueberschuß ergeben, so würde dieser jenen nächstfolgenden gesetzlichen Erben zukommen (denn diejenigen, welche die Erbschaft ausschlugen, haben selbstverständlich, da sie auf dieselbe verzichteten, keinen Anspruch darauf). Wenn z. B. B die Erbschaft seines Vaters A ausschlug, und es ergäbe sich in der Folge nach Ausrichtung sämmtlicher Kreditoren mittelst obrigkeitlicher Liquidation ein aktiver Ueberschuß von Fr. 5000, so würde dieser Betrag den Nachkommen des B, wenn er solche hätte, in Ermangelung solcher aber seinen Verwandten aus der großelterlichen Stammlinie (Oheimen, Geschwisterkindvettern und deren Kindern) u. s. w. nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge zufallen. Anders verhielte es sich, wenn B Geschwister, etwa C, D und E, gehabt und sein Erbtheil in Folge seiner Ablehnung denselben angewachsen und es demnach zu keiner gerichtlichen Liquidation gekommen wäre: denn alsdann würde derselbe natürlich seinen Miterben und nicht mehr seinen Kindern zu gut kommen können.

[8]) Gesetzt, es habe der Erblasser E, welcher keine nähere Verwandten als zwei Geschwisterkindvettern a und b (Verwandten aus der großelterlichen Stammlinie) hinterließ, sein aus reinem Vorschlag bestehendes, jedoch mit vielen zweifelhaften Pendenzen belastetes Vermögen (worüber er somit zufolge § 490 unbeschränkt verfügen kann) ganz dem Freunde X vermacht; letzterer wagt es aber nicht, eine, mannigfachen Verwicklungen und Prozessen nach sich ziehende Erbschaft anzutreten und schlägt die Erbschaft aus, so daß es zur gerichtlichen Liquidation kommt, welche endlich mit einem aktiven Ueberschuß von Fr. 10,000 abschließt: alsdann würde dieser Ueberschuß nicht etwa den gesetzlichen Erben des X, sondern denjenigen des Erblassers selbst, mithin seinen Vettern a und b zufallen.

Gesetzt aber, X wäre mit den gesetzlichen Erben a und b zum Erben berufen gewesen und es hätten alle drei die Erbschaft ausgeschlagen, so würde ein allfälliger aktiver Ueberschuß nicht mehr den a und b, wohl aber den nächsten gesetzlichen, z. B. den Verwandten aus der urgroßelterlichen Stammlinie (Großoheim u. s. w.) zukommen. Die Präsumtiverben des X würden auch in diesem Fall nichts erhalten.

[9]) Der erste Entwurf hatte jeden aktiven Ueberschuß einer ausgeschlagenen Erbschaft, gleichviel ob gesetzliche Erben vorhanden seien oder nicht, als erbloses Gut erklären wollen.

Anmerk. Unser Statutarrecht war sehr bestrebt, eine der Theilung vorausgehende Tilgung der Erbschaftsschulden zu erzwecken. Es schrieben dies z. B. die Stat. von Chur, Davos, Klosters und Bivio ausdrücklich vor, letztere beiden mit der Androhung der (nach unserm Gesetze nun selbstverständlichen) solidarischen Haftbarkeit der Erben im Falle des Zuwiderhandelns. Davos dagegen ließ die Theilung nur gegen Bürgschaftsleistung zu; doch haftete der Bürge nur 1 Jahr 3 Tage. Oberengadin machte ebenfalls den Erben zur Pflicht, bevor sie zur Theilung schritten, die Erbschaftsschulden zu bezahlen. Gläubiger, die den Erben unbekannt und demnach von ihnen nicht begrüßt worden waren, mußten immerhin innert Jahr und Tag (für Inländer) bez innert 2 Jahren (für Ausländer) sich anmelden bei Verlust der Solidarpflicht der Erben. Wenn die eingeladenen Gläubiger zur Empfangnahme der Zahlung nicht erschienen, so mußten sie an den sich halten, welchem die Schuld zugetheilt worden Letzteres galt auch in Obtasna, Untertasna und Remüs. Münsterthal wie Oberengadin, mit der Abweichung, daß erst nach 2 Jahren sich anmeldende, wenn auch nicht eingeladene, Fremde den Anspruch auf Solidarität der Erben, nach 5 J. ihr Forderungsrecht selbst verloren. Die amtliche Inventarisation jedes Nachlasses sammt „Aufnahme einer gemeinen Rechnung" schrieb Obervaz vor. Nach dem Churer St. R. war jeder Nachlaß einer amtlichen Liquidation nach vorausgegangenem „Todtenruf" zu unterwerfen.

§ 482.

Erbenaufruf.

Sind gar keine Erben eines im Kanton verstorbenen Erblassers bekannt oder ist Grund zur Annahme vorhanden, daß außer den bekannten noch andere vorhanden sind, so hat das zuständige Kreisgericht (nebst Beachtung der Vorschriften des § 480) unter gleichzeitiger Anzeige an die auswärtigen Behörden, unter deren Botmäßigkeit sich dieselben muthmaßlich befinden möchten, einen öffentlichen Erbenaufruf zu erlassen, d. h. die unbekannten Erben in einer öffentlichen Bekanntmachung zur Anmeldung ihrer Erbrechte innert einer zu bestimmenden Frist, die jedoch auf nicht weniger als 12 Wochen gestellt werden darf, aufzurufen, nach deren unbenutztem Ablauf die Verlassenschaft den schon bekannten Erben zu überlassen, in Ermangelung solcher aber als erbloses Gut (§ 499) zu behandeln ist. [1]) Später auftretenden Erben gehen ihre Erbrechte dadurch zwar innert der zwölfjährigen Verjährungsfrist, [2]) von dem Anfall an gerechnet, nicht verloren, doch werden die bisherigen Inhaber der Verlassenschaft ihnen gegenüber als redliche Besitzer (§ 216) vermuthet [3]) und sind nicht solidarisch haftbar.

[1]) In solchen Fällen wird (zufolge § 480 vorletzter Absatz) in der Regel für Verwaltung des Nachlasses ein Kurator zu bestellen sein. Rigoros ist der *Code Nap.* § 811, welcher die Verlassenschaft, sobald kein bekannter Erbe vorhanden ist, als erblos erklärt. Das zürch. Ges. § 1969 spricht nur von der Erbschaft, die einem noch nicht als verschollen Erklärten zufällt, in welchem Falle sein Erbrecht von der Vormundschaftsbehörde geltend zu machen ist.

[2]) Eine Verjährungsfrist ist hier aber nöthig, um das schwebende Verhältniß einmal definitiv zu bereinigen Vgl. soloth. Ges. § 619.

[3]) Sie haben also namentlich die von der Erbschaft bezogenen Natural- und Zivilfrüchte nicht zu ersetzen, es wäre denn, daß bewiesen werden könnte, daß sie vom

Dasein und Aufenthalt der übergangenen Erben Kenntniß hatten, in welchem Falle die Grundsätze des unredlichen Besitzes (§ 217) in Anwendung kämen.

Anmerk. Nach dem Klosterser L. B. sollte, „wenn nit gewüsse Erben vor Augen erscheinendt und fürhanden wärend" der Nachlaß von der Obrigkeit „inventirt und Jahr und Tag unverruckt behalten werden", nach deren Verfluß „zu vierzehn Tag" „ein offener Rechtstag" an dem Ort des Erbfalls gehalten und der Nachlaß den allfällig sich ausweisenden Erben zugesprochen werden soll; „so sich aber keine rechte Erben befundend, soll derselben Gemeind, da der Abgestorbene gewohnt, zudienen, die sollend es alsdann der Kilchen zu der Pfrundt verordnen, oder den armen Leuten nach ihrem Gefallen und Gelegenheit." Obervaz: „Wan ein Erb in der Frömbden were, daß man ihn nit erfragen könte, so soll demselben sein theil zu erkhennt werden, welches seine nechsten Freündt mögen genießen und brauchen mit der Condition, daß sie nichts darvon verthüend und wofern der Erb über kurze oder lange Zeit khomen wurde, Er oder seines Leibs Erben mit klarer Kundschaft, daß ihme sein Erbtheil gegeben werde und ein gebührende Zins nach erkanntnuß biderleuthen."

§ 483.

Schwebende Erbschaft (Hereditas iacens.)

Jede Verlassenschaft vertritt, so lange sie gültig weder (bedingt oder unbedingt) angenommen noch abgelehnt wurde, als juristische Person den Erblasser in seinen Rechten und Verbindlichkeiten, so weit solche überhaupt vererbbar sind. [1])

Eben so lange können weder sie noch die Erben wegen Schulden des Erblassers betrieben werden. [2])

[1]) Wird die Verlassenschaft angenommen, so treten die Erben, wird sie ausgeschlagen, so treten die Gläubiger in die Stelle des Erblassers: die Verlassenschaft wird ihr Eigenthum. So lange sich aber ihr Schicksal nicht entschied, kann sie, wenn anders durch diesen Zwischenraum die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers nicht untergehen sollen, nur als ein letzteren fortsetzendes Rechtssubjekt betrachtet werden, als welches sie auch, so weit es zu ihrer ungeschmälerten Erhaltung nöthig ist, Verbindlichkeiten eingehen und Rechte erwerben kann. (Heraditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet). Es ist dieses die sog. *hereditas iacens* der Römer. Vgl Puchta Pand §§ 446 und 447 und österr. Ges. § 547 („vor der Annahme der Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde") und soloth. Ges. § 457.

[2]) Die Gläubiger können alsdann nur Sicherstellung der Erbschaft verlangen und den Erben zu einer Erklärung provoziren.

§ 484.

Vermögen eines Verschollenen.

Das Vermögen eines lange unbekannt Abwesenden (Vermißten) kann durch gerichtliche Verfügung, je nach den besondern Umständen und der Wahrscheinlichkeit seines erfolgten Todes, schon bevor die förmliche Todeserklärung (§ 12) stattgefunden hat, den Präsumtiverben zur Nutznießung herausgegeben werden, jedoch nur gegen entsprechende Sicherstellung für das Hauptgut und dessen Ertrag. [1])

Nach erfolgter Todeserklärung hat die Herausgabe an die Präsumtiverben jedenfalls, jedoch nur gegen Empfangsbescheinigung, auf

Grund einer amtlichen Inventarisation und Schätzung, stattzufinden, so zwar, daß diesen Präsumtiverben (mit Vorbehalt der Bestimmung von § 13) dieselben Rechte und Pflichten wie anderen Erben zustehen. [2])

Wenn im letzteren Falle das Vermögen an den wieder zum Vorschein gekommenen Vermißten oder Verschollenen von den Präsumtiverben nachträglich zurückgestellt werden müßte (§ 13), so sind dieselben als redliche Besitzer zu vermuthen (§ 216). [3])

[1]) Z. B durch eine Pfandbestellung.

[2]) Sie können demnach wegen Schulden des Erblassers belangt werden und umgekehrt Forderungen desselben geltend machen u. s. w. — Diese Handlungen müssen im Verhältniß zu Dritten als endgültig und unwiderruflich angesehen werden, derart, daß sie weder von dem später etwa auftretenden Verschollenen noch von Solchen, die nachträglich (etwa in Folge der Ermittlung seines wahren Todestages) ein besseres Erbrecht beweisen würden, angefochten werden könnten.

[3]) Die gesetzliche „Vermuthung" läßt auch hier den Gegenbeweis selbstverständlich zu. (Vgl. § 482 Note 3.)

§ 485.

Erbschaftsklage.

Jeder Erbe kann mittelst der Erbschaftsklage sein Erbrecht gegenüber jedem Dritten, der sich widerrechtlich den Besitz der Verlassenschaft oder seines Erbantheils anmaßte, geltend machen und demgemäß, wenn er seinen Anspruch beweist, die Herausgabe der ersteren oder des letzteren verlangen. [1])

Miterben sind einander, sofern sie sich in den Besitz von Bestandtheilen der Erbschaft gesetzt haben, genaue Rechenschaft darüber schuldig, und können, in Ermanglung anderweitiger Beweismittel über ihre Kenntniß des Erbschaftsbestandes zum Eide getrieben werden. [2])

[1]) Diese Erbschaftsklage (hereditatis petitio) ist somit dinglicher Natur wie die Eigenthumsklage (§ 178), unterscheidet sich aber von letzterer dadurch, daß sie auf einen Inbegriff von Rechten und Pflichten, auf eine Universalsukzession gerichtet ist, während durch die Eigenthumsklage im Grunde nur die einzelnen Erbschaftsgegenstände, als solche, vindizirt werden können. Die Erbschaftsklage geht demnach gegen denjenigen, der die Erbschaft (bez. einen Theil derselben) als solche besitzt, somit sich selbst als Erben benimmt. Vgl. Thib. § 890 und österr. Ges. § 532. Gesetzt z. B., es habe B, gestützt auf ein ungültiges Testament des Erblassers A, sein angebliches Erbrecht an C verkauft und letzterer habe sich demzufolge in den Besitz des Nachlasses gesetzt, so könnten die gesetzlichen Erben den C, mittelst der Erbschaftsklage, auf Herausgabe der Erbschaft belangen. Wenn dagegen B nur ein oder mehrere Erbschaftsstücke, z. B. ein Grundstück, dem C verkauft hätte, so stünde den Intestaterben die Erbschaftsklage nur gegenüber B und erst nachdem sie damit durchgedrungen wären, eine Eigenthumsklage gegenüber C hinsichtlich des ihm von B veräußerten Grundstückes zu.

[2]) Es ist dies der sog. Manifestationseid (Thib § 892). Wenn also in obigem Falle von Note 1 die Intestaterben des A den Belauf und die Bestandtheile des Nachlasses nicht kennen sollten, so könnten sie, in Ermangelung anderweitiger ausreichender Aufschlüsse und Beweise, je nachdem sie die Erbschaftsklage gegen

C oder B richten würden, jenen oder diesen zur eidlichen Angabe des Erbschaftsbestandes anhalten. Befindet sich der Beklagte z. B. im Besitz von Inventaren, so sind vorerst diese (als gemeinschaftliche Dokumente) herauszufordern. Das freib. Ges. § 900 berechtigt jeden „bei einer Erbschaft Betheiligten", diejenigen, „welche in der Lage waren, dieselbe ganz oder theilweise zu kennen" zum Manifestationseide anzuhalten.

Anmerk. Das Poschiaver St. R. hatte für Erbschaftsklagen eine fünfjährige Verjährungsfrist, von der Theilung an gerechnet. Die nämliche Verjährungsfrist galt für die Anfechtung der Theilung sonstigen gemeinschaftlichen Eigenthums.

Zweites Kapitel.

Erbschaftstheilung.

§ 486.

Im Allgemeinen.

Jeder Miterbe kann, wie der Miteigenthümer (§ 212), jederzeit auf Theilung der Verlassenschaft klagen.[1]) Bis diese erfolgt, können Erbschaftsforderungen nur von allen Erben gemeinschaftlich geltend gemacht werden.[2])

Zum Behufe der Theilung kann jeder Miterbe eine amtliche Schätzung durch einen oder zwei von dem Kreispräsidenten damit zu beauftragende und in Eidespflicht zu nehmende Sachkundige verlangen.[3])

[1]) Den Erben steht dieses Recht (actio familiae herciscundae) schon in soweit zu, als sie, mit Rücksicht auf die Aktiven der Verlassenschaft, als Miteigenthümer anzusehen sind. Das soloth. Ges. § 626 verlangt für den Fall, daß Jemand die Nutznießung an der Erbschaft hat, zur Theilung die Zustimmung sämmtlicher Erben.

[2]) Es besteht demnach mit Rücksicht auf die Erbschaftsforderungen keine Solidarität: so lange sie noch ungetheilt sind, können sie nur von allen Erben als Miteigenthümern, nachdem aber die Erbschaft getheilt wurde, nur von denjenigen, denen sie zugewiesen wurden, geltend gemacht werden. S. preuß. L. R. I. 17. § 251. — Das zürch. Ges. § 2014 nimmt auf seinem Standpunkt eine „Gesammtforderung" an.

[3]) Es entspricht dies zum Theil schon unserer jetzigen Praxis. Vgl. *Code Nap.* §§ 824 und 825. Nach dem soloth. Ges. § 470 sind alle Erbschaften wirklich zu schätzen.

§ 487.

Grundsätze der Theilung.

Für die Theilung gelten, in Ermanglung anderweitiger Abreden, folgende Grundsätze: [1])

Die Theilung hat vorerst unter den zunächst berechtigten Stollen (Stämmen) und sodann unter deren Unterabtheilungen zu erfolgen. [2])

Den Erbtheilen sind, so weit thunlich, je nach ihrem Verhältnisse, gleichmäßig Mobilien und Immobilien, Forderungen und Schulden zuzuweisen, [3]) so jedoch, daß eine Zerstückelung der Grundstücke möglichst vermieden werden soll. [4]) Die hiebei sich noch ergebenden Ungleichheiten sind durch Baarzahlungen oder, auf Begehren sicher zu stellende, Schuldverschreibungen der betreffenden Erben auszugleichen. [5])

Unter den Erben entscheidet über die nach obigen Grundsätzen gebildeten Erbtheile das Loos. [6])

Läßt sich die Theilung sei es wegen Beschaffenheit der Sache (212), sei es aus andern Gründen, nicht bewerkstelligen, so ist auf Begehren eines betheiligten Erben nach Anleitung des § 212 zu verfahren. [7])

Streitigkeiten über das Theilungsverfahren (nicht aber über Rechtsfragen) [8]) entscheiden die Ausschüsse der Kreisgerichte summarisch und unweiterzüglich. [9])

[1]) Vgl. *Code Nap.* §§ 826, 827, 832 u. 833; soloth. Ges. §§ 628, 630, 632.

[2]) Z. B. A hinterläßt als Erben: einen Sohn B, von dem verstorbenen Sohne C drei Enkel a b c und von der verstorbenen Tochter D zwei Enkel d und e. Gesetzt ferner, der Nachlaß des A betrüge Fr. 24,000, so würde die Theilung desselben zwischen den genannten Erben zufolge obigen Grundsatzes so zu geschehen haben, daß vorerst zwischen den drei Stollen B, C und D gleichmäßig getheilt würde, wonach auf jeden derselben $1/3$, somit Fr. 8000 kämen. Diese Auseinandersetzung vollzogen, würden sich sodann a, b u. c in den ihrem Stollen zugefallenen Erbantheil von Fr. 8000 zu theilen haben, wonach jeder derselben daran $1/3$, somit Fr. 2666, 66 erhielte; und ebenso hätten sich d u. e in den ihrem Stollen zugefallenen Erbantheil von Fr. 8000 zu theilen, wonach jeder daran $1/2$, somit Fr. 4000 erhielte. Vgl. *Code Nap.* §§ 831 und 836. Möglicherweise kann schon von Anbeginn (z. B. unter Kindern des Erblassers) nach Köpfen getheilt werden, umgekehrt können auch die Unterabtheilungen von Stollen wieder Stollen sein.

[3]) Da die Erben Miteigenthümer der Erbschaftseffekten sind, hat die Theilung der letzteren, so weit möglich in natura, und zwar gleichmäßig in Quantität und Qualität zu geschehen. Forderungen und Schulden werden in der Regel einzelnen Erben ungetheilt zuzuweisen sein, und zwar erstere, weil der Pflichtige (§ 355), letztere, weil der Berechtigte (§ 477, Note 3) sich eine Theilung nicht gefallen zu lassen braucht. Ausdrücklich verlangt die ungetheilte Uebertragung ersterer und letzterer, wenigstens als Regel, das zürch. Ges. §§ 2022 und 2025. Was insbesondere die Schulden betrifft, so schreiben mehrere Schweizergesetze vor, es sei jeder Erbe befugt zu verlangen, daß die Schulden der Erbschaft sofort aus derselben getilgt oder doch Maßregeln getroffen werden, daß der Miterbe für seine solidarische Verpflichtung keine Gefahr laufe. (S. luzerner Ges. § 514, aarg. Ges. § 991, zürch. Ges. § 2025.)

[4]) Diese Bestimmung, über welche in beiden Kommissionen sehr einläßliche Berathungen walteten, lautete in dem von der ersten Kommission genehmigten Entwurf

etwas bindender, nämlich: „so jedoch, daß die Grundstücke, so weit es das landwirthschaftliche Interesse erheischt, nicht zerstückelt werden sollen" mit dem ferneren Zusatz, „daß den Söhnen und Sohnessöhnen des Erblassers das Recht zusteht, die Liegenschaften zu ihrem vollen Werth vor den Töchtern und deren Nachkommen anzusprechen" Die erste Kommission hatte sich hiebei durch folgende Thatsachen und Beweggründe leiten lassen: Der größte Krebsschaden unserer Landwirthschaft ist bekanntlich in der übermäßigen Zerstückelung der Grundstücke und diese hinwieder in den verkehrten Erbtheilungen zu suchen, wonach oft jedes noch so kleine Grundstück real unter die Erben getheilt wird, und zwar sogar dann, wenn eine genügende Anzahl Grundstücke vorhanden wäre. um, mit Hülfe einer rationellen Schätzung und Ausgleichung, jeden Erben mit Liegenschaften bedenken zu können, ohne diese theilen zu müssen. Daß aber eine so übertriebene Zerstückelung der Grundstücke, zum großen wirthschaftlichen Nachtheile des Landes, auch nicht die Anfänge einer sog. rationellen Kultur aufkommen lassen kann, liegt auf der Hand und ist auch durch die Erfahrung bestätigt. Diesem schreienden Uebelstande einigermaßen zu begegnen, war der Zweck obiger Bestimmung, die übrigens, abgesehen von dem Vorzugsrecht der Söhne, auch schon in der von der ersten Kommission beliebten Fassung weniger den Karakter einer kategorischen Vorschrift als den einer Wegweisung theils für die Erben selbst, theils für die zur Schlichtung von Erbstreitigkeiten berufenen Gerichte hatte und selbst in der französ Gesetzgebung (*Code Nap* § 832, walliser Ges. § 862) eine Vorgängerin besitzt.

Weiter noch gehen Schweizergesetze in Untersagung der Güterzerstückelung, z. B. das soloth. und zürch Ges., welche im Allgemeinen 1 Juchert bez. $^1/_2$ Juchert als Grenze, über welche hinaus nicht mehr getheilt werden dürfe, feststellen.

Was sodann insbesondere das Vorzugsrecht betrifft, das von der ersten Kommission den Söhnen und Sohnessöhnen in der Uebernahme von Liegenschaften eingeräumt werden wollte, so beschränkte sich dasselbe (laut der mitgetheilten Fassung) auf den Fall, in welchem nicht so viele Grundstücke vorhanden wären daß, ohne eine unwirthschaftliche Theilung der im Nachlaß befindlichen vorzunehmen, Söhne und Töchter ungefähr zu gleichen Sätzen damit ausgerichtet werden könnten. In solchem Falle nämlich sollten die Söhne vor den Töchtern in der Uebernahme der Liegenschaften — jedoch nur zu dem vollen Schatzungswerthe — den Vorzug haben. Es hielt die erste Kommission diese Prärogative, wodurch der erbberechtigten Gleichstellung der beiden Geschlechter kein reeller Eintrag geschehe, in der Natur begründet, da die Söhne, welche dem Vater meist schon bei dessen Lebzeit in seiner Wirthschaft zur Seite standen und bestimmt sind, Namen und Eigenart seiner Familie fortzupflanzen, die natürlichen Nachfolger in dessen wirthschaftlichem Berufe nicht nur, sondern auch in dessen Hause und so weit thunlich dazu gehörigen Liegenschaften sind, die ja die natürliche Unterlage der Bauernfamilie und nothwendige Ergänzung des Bauernhauses bilden; während umgekehrt die Töchter darauf angewiesen sind, in ein anderes Haus, in eine andere Familie einzutreten. — Einen Anhalt für diese Bestimmung glaubte die erste Kommission schon in den, die Söhne in der Uebernahme des väterlichen Hauses bevorzugenden statutarischen Bestimmungen zu finden (s. Anmerk. 2).

Bedeutend weiter als jener Antrag der ersten Kommission gehen einzelne Schweizergesetze; z. B. das zürch. Ges., welches nicht nur (was nicht zu rechtfertigen ist) in der Erbtheilung die Söhne gegenüber den Töchtern im Verhältniß von 5 zu 4 bevorzugt, sondern überdem ihnen das Recht gibt, die Liegenschaften zu „ermäßigtem Schatzungswerthe" (d h. mit Abzug von $^1/_6$ bis $^1/_8$ des Verkehrswerthes) an sich zu ziehen (s. zürch. Ges. §§ 1895 und 1896). Ungefähr die nämlichen Grundsätze enthält das soloth Ges. §§ 529—531, wo der Abzug von dem wahren Werth auf 25% angesetzt und dem jüngsten Sohn noch ein besonderes Vorrecht mit Rücksicht auf das väterliche Haus eingeräumt ist.

Das luzerner Ges. § 397 berechtigt die Söhne zur Uebernahme der Liegenschaften zu einem „mäßigen Anschlag", ebenso andere Schweizergesetze. Es fand aber dieses von der ersten Kommission beantragte sog. Vorzugsrecht der Söhne in der öffentlichen Meinung als der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter zu nahe

tretend, einen so entschiedenen Widerstand, daß die zweite Kommission sich beeilte, dasselbe zu beseitigen. Gleichzeitig wurde aber auch noch folgende, von der ersten Kommission beliebte Bestimmung fallen gelassen, daß nämlich den „männlichen Erben die männlichen Kleider und Geräthe, den weiblichen die weiblichen zu dem Schatzungswerthe zu überlassen seien" — eine Vorschrift, die sich wesentlich unterschied von dem Grundsatze der altdeutschen „Heergeväte" und „Gerade" (männliches und weibliches Geräthe), indem solche vorweg aus der Erbmasse ausgeschieden wurden, um von Rechtswegen, jene den männlichen, diese den weiblichen Erben anheimzufallen, so daß eine gegenseitige Berechnung ihres Werthes keineswegs stattfand.

Auch diese, doch so ziemlich in der Natur der Sache liegende und wohl keinen Theil beeinträchtigende Bestimmung mußte vor der „Gleichheit der Geschlechter" fallen.

[5]) Wenn ein Erbe für den auszugleichenden Betrag als Gläubiger an seinen Miterben zu weisen ist, so muß er befugt sein, dafür Sicherheit zu verlangen, widrigenfalls er (zufolge des vorletzten Absatzes dieses §) Veräußerung von Erbschaftseffekten behufs vorausgehender Tilgung der Passiven fordern mag. Nach dem soloth. Ges. § 638 kann jeder Erbe von seinen Miterben für die ihnen angewiesenen Schulden Sicherheit verlangen. Was die von den Erben einander für die zugewiesenen Erbschaftseffekten zu leistende Gewähr betrifft, so verfügt § 343 das Nöthige. Das luzerner Ges. § 516 setzt für „Schuldschriften und Gülten" Gewährleistung auf 1 Jahr fest.

[6]) Auch dieses, versteht sich, nur insofern sich die Erben nicht über ein anderes Verfahren verständigen. Andere Gesetze enthalten auch Bestimmungen darüber, wer die Loose zu machen habe u. s. w.

[7]) D. h. dem meistbietenden Erben zuzuschlagen oder öffentlich zu versteigern. Es wird dieses namentlich am Platz sein: a) wenn wegen Uebernahme von Schulden Anstände entstehen; b) wenn für die Ausgleichungsschulden keine Sicherheit bestellt werden will oder kann; c) wenn Liegenschaften sei es ihrer Natur nach (wie Häuser) oder aus Rücksicht auf Minderung ihres Werthes nicht wohl getheilt werden können. S. *Code Nap.* §§ 826 und 827. Für Versteigerungen ist, besonders wenn Bevormundete betheiligt sind, die Leitung eines obrigkeitlich Beauftragten zu empfehlen.

Der Antrag auf Versteigerung kann übrigens nur von einem „betheiligten" Erben gestellt werden, denn wenn die Anstände z. B. nur unter den Betheiligten eines einzelnen Stollen entstehen, so haben die übrigen Erben kein Interesse und somit auch kein Recht, die Versteigerung zu verlangen.

[8]) Also namentlich auch nicht Fragen, welche die Erbschaftsberechtigung selbst beschlagen.

[9]) Theilungsstreitigkeiten eignen sich theils wegen der Schwierigkeit, den für die Zuständigkeit maßgebenden Streitbetrag zu ermitteln, theils weil eine schleunige und möglichst wohlfeile Behandlung meist dringend im Interesse der Erbmassen, besonders der unerheblichen liegt, theils endlich weil der Theilungsmodus mehr Fragen der Zweckmäßigkeit als des Rechtes beschlägt, sehr schlecht zu einem förmlichen Gerichtsverfahren, wobei noch in Betracht zu ziehen ist, daß durch letzteres das Wohlvernehmen der Erben meist erheblich gestört würde. Das luzerner Ges. schreibt eine amtliche (durch den Präsidenten des Gemeinderathes zu vollziehende) Theilung vor: a) wenn ein Erbe es begehrt; b) wenn Minderjährige, Bevogtete, Weibspersonen oder Abwesende sich unter den Erben befinden.

Anmerk. 1. Viele Gesetze enthalten auch Vorschriften darüber, Wem die, auf ganze Masse bezüglichen Schriften (z. B. Testamente, Prozeßakten 2c.) anzuvertrauen sind. Nach röm. R. (s. Thib. § 881) und *Code Nap.* § 842 hat der Haupterbe zunächst Anspruch darauf. Ueber die Vertretung Abwesender bei Theilungen durch einen außerordentlichen Beistand s. Note 8 zu § 480 und *Code Nap.* § 838.

Anmerk. 2. Ueber die Theilung kommen in unsern Statuten verschiedenartige vereinzelte Bestimmungen vor. Nicht getheilt sollten werden: in Unter-

tasna Häuser, indem nur Einer ein Haus übernehmen und die andern Erben auszahlen soll; ferner in Klosters „Zinsen“ jeder Art, indem solche „auf demselben Gut und Unterpfand bleiben“ sollten. Ein Vorzugsrecht für Uebernahme der Häuser hatten die Söhne, namentlich die jüngsten, zum Theil auch die Brüder, z. B. in Chur, Obtasna, Untertasna, Bergün und Bergell, in letzteren beiden Gerichten nach Schatzung der zwei nächsten Verwandten, in Obtasna nach Werthung von 3 Schätzern, wovon die männlichen Erben zwei, die weiblichen einen wählten. Allen männlichen Erben stand dieses Vorzugsrecht hinsichtlich der Häuser in Remüs zu, doch mußten die weiblichen Erben mit anderen Liegenschaften ausgerichtet werden. Im Oberengadin hatten die Söhne auch ein Vorzugsrecht für inviamaints et livells“ (Handelsgeschäfte und Grundzinse). Die Theilung zwischen Söhnen und Töchtern im Uebrigen anlangend bestimmten die Stat. von Obtasna, Untertasna und Remüs, daß die Söhne die Kleider, Waffen und Siegel (wohl auch Bibel) des Vaters, die Töchter die Kleider der Mutter, und zwar ohne Werthung (somit im Sinne der deutschen „Heergewäte“ und „Gerade“) erhalten sollten. Chur wies selbst die Kleinodien des Vaters den Söhnen und die Kleinodien der Mutter den Töchtern zu, schrieb aber für den Fall einer namhaften Ungleichheit eine billige Ausgleichung vor. Nach dem Klosterser L. B. konnte der jüngste Sohn „seines Vaters Zeichen führen und han, es seige an Vieh Brennzeichen oder auch Sigel und Pettschier“, ferner: „was des Vaters Harnisch, Wehr und Kleidungen antrifft, wie auch der Mutter Kleidungen und Kleinodien, sollen alle Kinder unverschiedenlich, Söhne und Töchtern, vom jüngsten bis auf das älteste, gleich gelten und sich lieblich um dasselb vertragen.“

Hinsichtlich des Verfahrens bei Theilungen schrieben die Bergüner St. das Loos vor; auch gestatteten dieselben keine Revision. In Obtasna mußten Erbtheilungen durch den Gerichtsschreiber oder eine unparteiische Person verschrieben werden. In Obervaz sollten Erbschaftsstreitigkeiten kompromissarisch entschieden werden. Ueber Theilungsstreitigkeiten (cause delle divisioni) schrieb Poschiavo vor, daß dieselben summarisch zu beurtheilen seien. Auch sollen Theilungen von Liegenschaften „con quanto minor danno de l'una e l'altra parte“ geschehen. Nach dem Obervazer L. B. mußten der Landammann und zwei Geschworene jeder Theilung beiwohnen, damit „einem Jeden sein gebührend Theil werde.“ — Den gegenseitigen Austausch getheilter Liegenschaften suchten die Stat. v. Fürstenau zu erleichtern: „Wan ein theilung ligenden güetern oder gebüeren geschieht, so soll ein jeder Stoll gegen den andern rukhen mögen an guth oder an gelt welche rückhung geschehen soll innerthalb einem Jahr nach geschehener theilung, alsdann mag der, wider welchen es geruckht worden, innerhalb 8 Tag die wahl nemmen.“ In ähnlichem Sinn ließ Oberhalbstein Revision der Theilungen von Liegenschaften innert Jahr und Tag zu. Nach dem Churer St. R. sollten bei der Erbtheilung ungetheilt gebliebene Liegenschaften, wenn ihr Uebernehmer dafür den übrigen Erben etwas herausgeben mußte, bis dieses geschehen, ipso iure mit einem Kaufschillingsrecht belastet bleiben.

Erwähnt mag noch werden die Vorschrift der Bergüner St, wonach die Eltern das Recht hatten, zeitlebens im Hause zu bleiben und die Schwestern so lange bis sie verehlicht waren.

§ 488.

Einwurf des Vorempfanges.

Was ein Erbe oder derjenige, an dessen Stelle er tritt (§ 492), von dem Erblasser erweislich auf die Erbschaft hin bezog, das hat er bei der Erbtheilung in die Masse einzuwerfen, d. h. sich an seinem Erbtheile anrechnen zu lassen,[1]) und zwar in demjenigen Werthe, den das Vorausbezogene zur Zeit seines Empfanges hatte.[2])

Von dem, was von dem Erblasser den Erben als Aussteuer oder zur Ausstattung gegeben wurde, wird im Zweifel vermuthet, daß es auf die Erbschaft hin abgetreten worden sei. [3])

Die auf die Erziehung oder die Berufsbildung von Kindern oder deren Nachkommen verwendeten Kosten sind denselben nur in so weit anzurechnen, als dadurch die Erbtheile der miterbenden Kinder, beziehungsweise ihrer Abkömmlinge, unverhältnißmäßig geschmälert wurden. [4])

Sind neben erzogenen Kindern auch unerzogene vorhanden, so soll denselben für ihre Erziehung eine zu dem Betrage des elterlichen Nachlasses und der auf die andern Kinder verwendeten Erziehungskosten in billigem Verhältnisse stehende Vergutung zum Voraus aus der Erbschaftsmasse geschöpft werden. [5])

[1]) Es kommt dieses besonders im Verhältniß zwischen Kindern und sonstigen Nachkommen des Erblassers vor. Z. B. wenn der Erblasser A seinem Sohne B bei dessen Verheirathung zu Begründung eines Handelsgeschäftes Fr. 10,000 auf die Erbschaft hin gegeben hatte, so wird sich B diesen Betrag bei der mit seinen Geschwistern vorzunehmenden Theilung des väterlichen Nachlasses müssen in Abzug bringen lassen. Das Nämliche hätte zu geschehen gegenüber den an die Stelle allfällig verstorbener Geschwister tretenden Nachkommen derselben (Neffen oder Hinterneffen).

Unser früheres Gesetz beschränkte (in Uebereinstimmung mit dem röm. R.) diese Einwurfs-(Kollations-)Pflicht auf Intestaterben, und zwar ausschließlich auf die Deszendenten des Erblassers. Nach obiger Bestimmung besteht aber diese Einwurfspflicht allgemein und erstreckt sich mithin sowohl auf Testamentserben als auf Seitenerbschaften. Gesetzt also, A, welcher nur selbsterworbenes Vermögen besitzt, habe durch Testament den X als Miterben seines Großoheims B, als seines einzigen Intestaterben, berufen und demselben (dem X) auf diese ihm zugedachte Erbschaft hin Fr. 5000 als Heirathsausstattung gegeben: so würde X nach dem Tode des A sich von B diese Fr. 5000 an seinem Erbtheil anrechnen lassen müssen.

Auch der *Code Nap.* § 843 dehnt die Kollationspflicht auf alle Erben aus, während das österr. Ges. § 790 und die meisten ihm folgenden Schweizergesetze sie auf die Deszendenten (das österreichische sogar auf Kinder) beschränken.

[2]) Dieser Einwurf erfolgt, wenn die Parteien sich nicht anders verständigen, nicht in natura, sondern nur dem Werth nach, indem das Vorausbezogene gültig in das Eigenthum des Empfängers überging. Daraus folgt denn auch von selbst, daß das Vorausbezogene nach dem Zeitpunkt, in welchem dasselbe in das Eigenthum des Einwurfspflichtigen überging, zu berechnen ist. Wenn demnach A seinem Sohne B im Jahr 1850 als Heirathsausstattung ein Haus im damaligen Werth von Fr. 10,000 abtrat, welches am Todestag des Erblassers, nämlich den 6. Mai 1863, Fr. 18,000 gilt, so hat dennoch B bei der Erbtheilung blos Fr. 10,000 und nicht Fr. 18,000 in die Masse einzuwerfen. Der *Code Nap.* berechnet den Werth der Fahrnisse ebenfalls nach dem Zeitpunkte ihres Vorausbezuges, den Werth des Unbeweglichen dagegen nach dem Zeitpunkt der Eröffnung der Erbschaft; das österr. Gesetz dagegen hat den umgekehrten Grundsatz.

[3]) Es gilt dies sowohl für die Heirathsausstattung von Töchtern als von Söhnen. Bei diesen wird der Wille des Erblassers, sie auf Rechnung der Erbtheile des Empfängers zu bringen, präsumirt — der Gegenbeweis, daß dieses nicht der Wille des Erblassers gewesen sei (z. B. wenn er es ausdrücklich erklärte) bleibt natürlich vorbehalten. Von anderweitigen Abtretungen dagegen muß, sei es aus den Umständen sei es aus den Erklärungen des Erblassers erwiesen werden, daß sie auf die Erbschaft hin erfolgten, widrigenfalls sie als einfache Schenkungen unter Lebenden zu gelten hätten, die nicht eingeworfen zu werden

brauchen, aber wegen allfälliger Verletzung des Pflichttheils angefochten werden können. Das österr. Ges. § 790 unterwirft der Kollation nur was „zur Ausstattung, Antritt eines Amtes oder Gewerbes oder für Schulden" bezahlt wurde; das zürch. Ges. § 1908 sogar nur Heirathsgut und Ausstattungen; der *Code Nap.* § 843 dagegen auch Schenkungen, überhaupt Alles, „was der Erbe von dem Verstorbenen mittelbar oder unmittelbar erhält", wenn der Erblasser die Kollation nicht erließ.

[4]) In wie weit dieses der Fall sei, hat der Richter nach den gegebenen Umständen zu beurtheilen. Es kommt hiebei natürlich hauptsächlich in Betracht theils das Verhältniß zwischen dem Belauf der Erbschaft und demjenigen der fraglichen Erziehungskosten, und theils dasjenige zwischen dem für die verschiedenen Kinder gemachten Erziehungsaufwand. Einer kleinlichen Nachrechnerei will das Gesetz keinen Vorschub leisten. Vgl. unser früheres Ges. über J. E. § 14. Nach dem *Code Nap.*, dem österr. und den meisten Schweizergesetzen sind Erziehungskosten nicht einzuwerfen. Und dennoch spricht in vielen Fällen die Billigkeit gar sehr dafür, z. B. wenn ein Vater mehrerer Kinder den größten Theil seines kleinen Vermögens an die Studien eines Sohnes opfert.

[5]) Ebenso nach unserm früheren Ges. über J. E. § 14 und nach dem zürch. Ges. § 1913.

Anmerk. 1. In Fällen, in welchen ein Miterbe durch besondere Dienstleistungen das Vermögen des Erblassers erweislich in erheblichem Maße gefördert oder dem Erblasser dadurch erhebliche Auslagen erspart hat, mag dieses bei der Erbtheilung billig berücksichtigt werden.

Anmerk. 2. Den Einwurf der „Heimsteuer" in das „gemeine Erb" oder die „gemeine Haushab" schrieben Klosters, V Dörfer, Avers und Fürstenau vor. Die letzteren Statuten berechtigten die Eltern, was sie ihren Kindern an Aussteuer gegeben oder sonst ausgetheilt hatten, wieder an sich zu ziehen, „wenn sie das Gut verthun oder veraberhandeln" sollten. Die Kinder ihrerseits waren nicht berechtigt, über solches Gut ohne Einwilligung der Eltern durch Versetzen oder Verkaufen eigenthümlich zu verfügen, so zwar, daß solche Verfügungen ungültig sein sollten. Eben so wenig soll solches Gut bei Leben der Eltern anderswohin vererbt werden. Aehnlich lauteten die Averser St. Dieselben gestatteten den Eltern und Großeltern das den Kindern oder Enkeln zur Aussteuer oder sonst „als sicheres guts ausgetheilte" nach Gerichts Erkanntniß wieder an Hand zu nehmen, wenn dieselben es „nicht in Ehren hielten". (Dieses Vorausbezogene ging demnach laut diesen statutarischen Bestimmungen nicht in das unbedingte Eigenthum des Empfängers über.) Nach den Münsterth. St. mußte der Sohn, welcher studirt hatte, sich $1/4$ der Studienkosten anrechnen lassen.

Zweiter Abschnitt.

Gesetzliche Erbfolge. [1])

[1]) Die nachfolgenden Bestimmungen über gesetzliche Erbfolge schließen sich, mit Ausnahme des § 497, grundsätzlich genau an unser früheres Gesetz über die Intestaterbfolge an.

§ 489.

Allgemeine Bestimmungen.

Die gesetzliche Erbfolge (§ 473) richtet sich im Allgemeinen nach der Nähe der Abstammung, wodurch ein Verwandter mit dem Erblasser verbunden ist und wonach die Verwandtschaft in verschiedene Stammlinien zerfällt. [1])

Uneheliche Kinder treten, wie in den Fällen der §§ 69 und 83, so auch mit Rücksicht auf die gesetzliche Erbfolge nur in die Familie und Verwandtschaft der Mutter, nicht aber in diejenige des Vaters, derart, daß sie sowohl die Mutter und deren Blutsverwandte beerben, als von ihnen beerbt werden können.

[1]) Der Grundsatz, daß die Erbfolge zunächst nach der Nähe der Stammlinie sich richte, beruht auf der deutschen Parentelenordnung im Gegensatz zu dem röm. Rechtsgrundsatze, wonach, wenigstens über die 2te Stammlinie hinaus, die Nähe des Verwandtschaftsgrades (d. h. die Anzahl der Zeugungen, welche die Verwandtschaft mit dem Erblasser vermitteln) entscheidet. Daher könnten nach röm. Recht z. B. Großoheime des Erblassers mit dessen Geschwisterkindvettern in der Erbschaft konkurriren, da beide (nach römischer Zählart) im vierten Grade mit demselben verwandt sind, während nach dem deutschen Rechtsgrundsatze der Großoheim durch

den Geschwisterkindvetter deßhalb von der Erbfolge ausgeschlossen wird, weil er (der Großoheim) einer entfernteren „Parentel" angehört. Dieses deutsche System ist am konsequentesten von dem österreichischen Recht (österr. Ges. § 731 ff.) ausgebildet worden und im Wesen auch in unser jetziges Erbgesetz übergegangen. Freilich wird hiebei, wie billig, von der das altdeutsche Erbrecht durchziehenden Unterscheidung zwischen den „Vatermagen" (den väterlichen Verwandten) und den „Muttermagen" (den mütterlichen Verwandten) oder zwischen den „Schwertmagen" (den durch lauter männliche Zeugungen verbundenen männlichen Anverwandten) und den „Spillmagen" (den durch Weiber vermittelten Verwandten) oder überhaupt zwischen männlichen und weiblichen Anverwandten, bez. von der Bevorzugung der ersteren vor den letzteren Umgang genommen.

Anmerk. Die volle Erbberechtigung der unehelichen Kinder im Verhältniß zur Mutter ist altes bündnerisches Recht. Ausdrücklich sagen dies die Stat. von Chur, Oberbund, Oberengadin, Avers und V Dörfer. Nach letzteren fiel jedoch, was das Uneheliche von der Mutter geerbt, wenn es ohne Leibeserben verstarb, auf den ehelichen Stamm zurück, selbst wenn nähere Verwandte aus dem unehelichen da waren. Auch konnten eheliche Kinder Unehelicher nur diese, nicht aber deren Eltern beerben. Uneheliche Eltern ehelicher Kinder erbten von letzteren nur die Nutznießung, das Eigenthum fiel an den ehelichen Stamm, woher das Gut gekommen. Ungefähr die nämlichen Grundsätze hatte der Oberbund. Was die Nachkommen unehelicher Kinder betrifft, so war von mehreren Statuten (Oberbund, Chur, Zehnger. und V Dörfer) deren gänzliche Gleichberechtigung mit dem ehelichen Stamm erst wenn sie „zum zweiten Mal ehelich geboren waren" (d. h. ihren von ehelichen Eltern ehelich erzeugten Enkeln) gewährt.

§ 490.

Die verschiedenen Stammlinien.

Die erste Stammlinie umfaßt des Erblassers eigene Kinder und fernere Abkömmlinge. [1]) Sie heißt die absteigende und geht allen Verwandten der aufsteigenden und der Seitenlinien vor.

Die zweite Stammlinie ist die elterliche und umfaßt des Erblassers Eltern und Geschwister sammt den Abkömmlingen der letzteren, d. h. Neffen und Nichten, Hinterneffen und Hinternichten, sammt deren Nachkommen. [2])

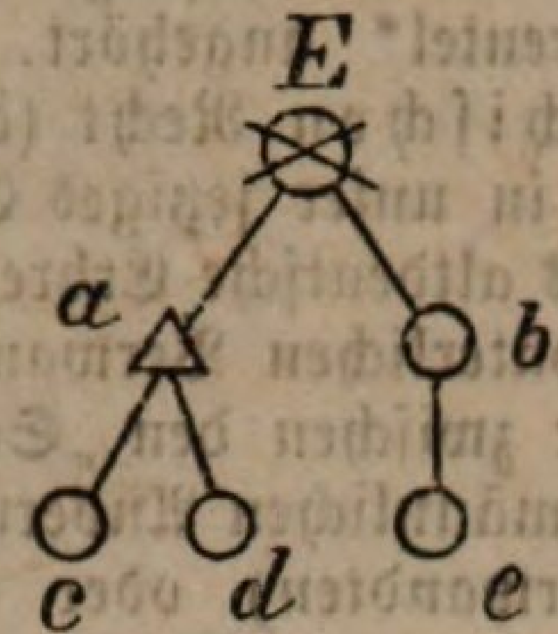
Die dritte Stammlinie ist die großelterliche und umfaßt des Erblassers Großeltern, Oheime und Tanten nebst deren Abkömmlingen, nämlich Geschwisterkind-Vettern und Geschwisterkind-Basen sammt deren Nachkommen. [3])

Die vierte Stammlinie ist die urgroßelterliche und umfaßt des Erblassers Urgroßeltern, Groß- oder Hinteroheime, Groß- oder Hintertanten, sammt deren Nachkommen. [4])

Die fünfte Stammlinie ist die ururgroßelterliche und umfaßt des Erblassers Ururgroßeltern, Urgroßoheime und Urgroßtanten sammt deren Nachkommen. [5])

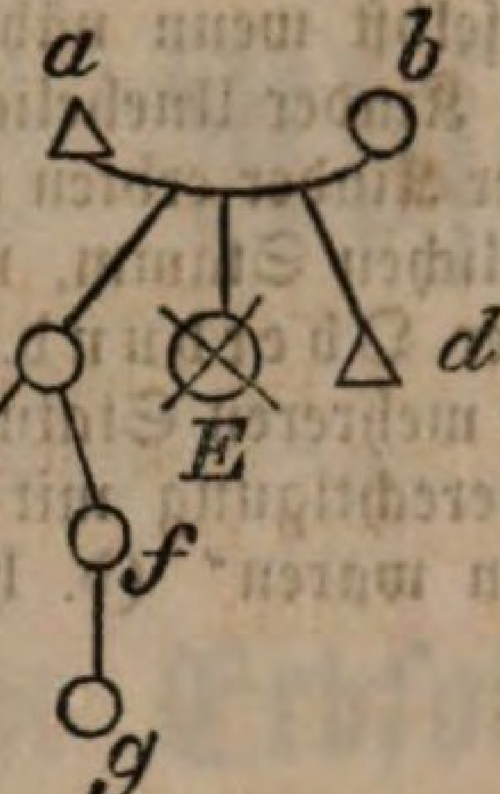
Etwaige Verwandtschaften von noch entfernterer Abstammung werden auf gleiche Weise nach der Nähe des Stammes bestimmt, den sie mit dem Erblasser gemein haben.

[1]) Z. B.:



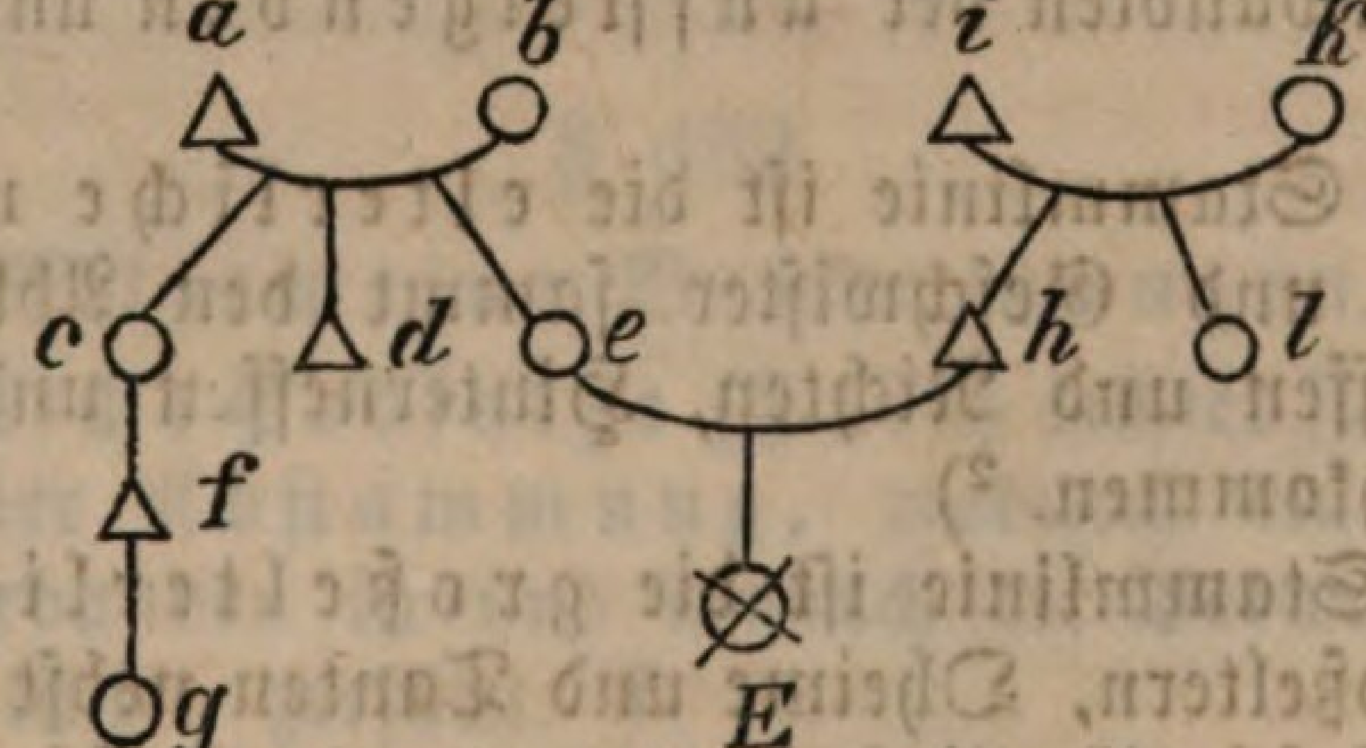
In obigem Schema besteht die erste Stammlinie oder die absteigende Linie des Erblassers (E) aus dessen Kindern a und b und seinen Enkeln c und d (Kindern der Tochter a) und e (Sohn des Sohnes b).

[2]) Z. B.:



In obigem Schema besteht die elterliche Stammlinie des Erblassers (E) aus dessen Eltern a und b, dessen Geschwistern c und d, dessen Neffe f und Nichte e (Kindern seines Bruders c) und dessen Hinterneffen g (Sohn seines Neffen f).

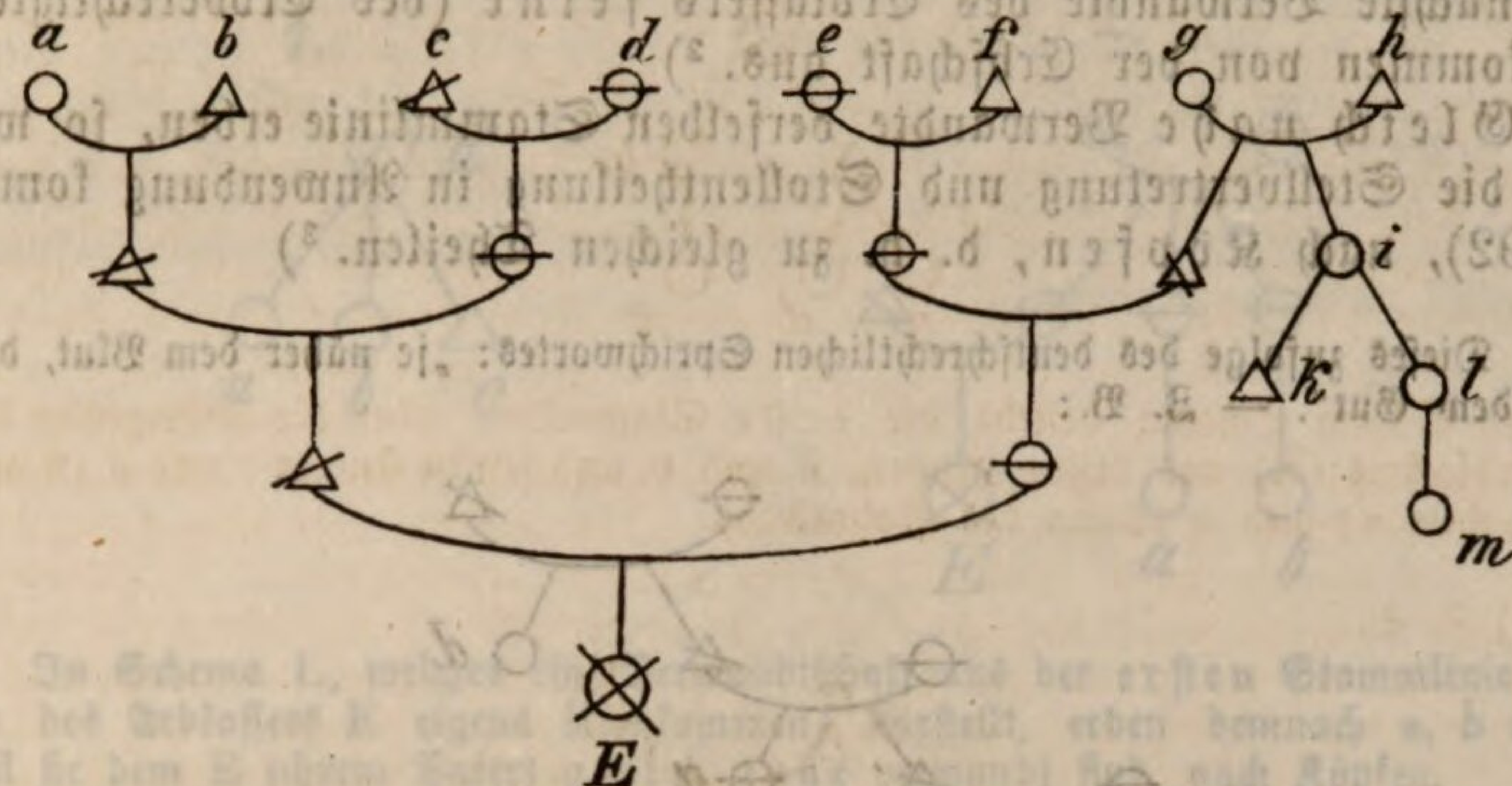
[3]) Z. B.:



In obigem Schema bestehen die großelterlichen Stammlinien des Erblassers (E):

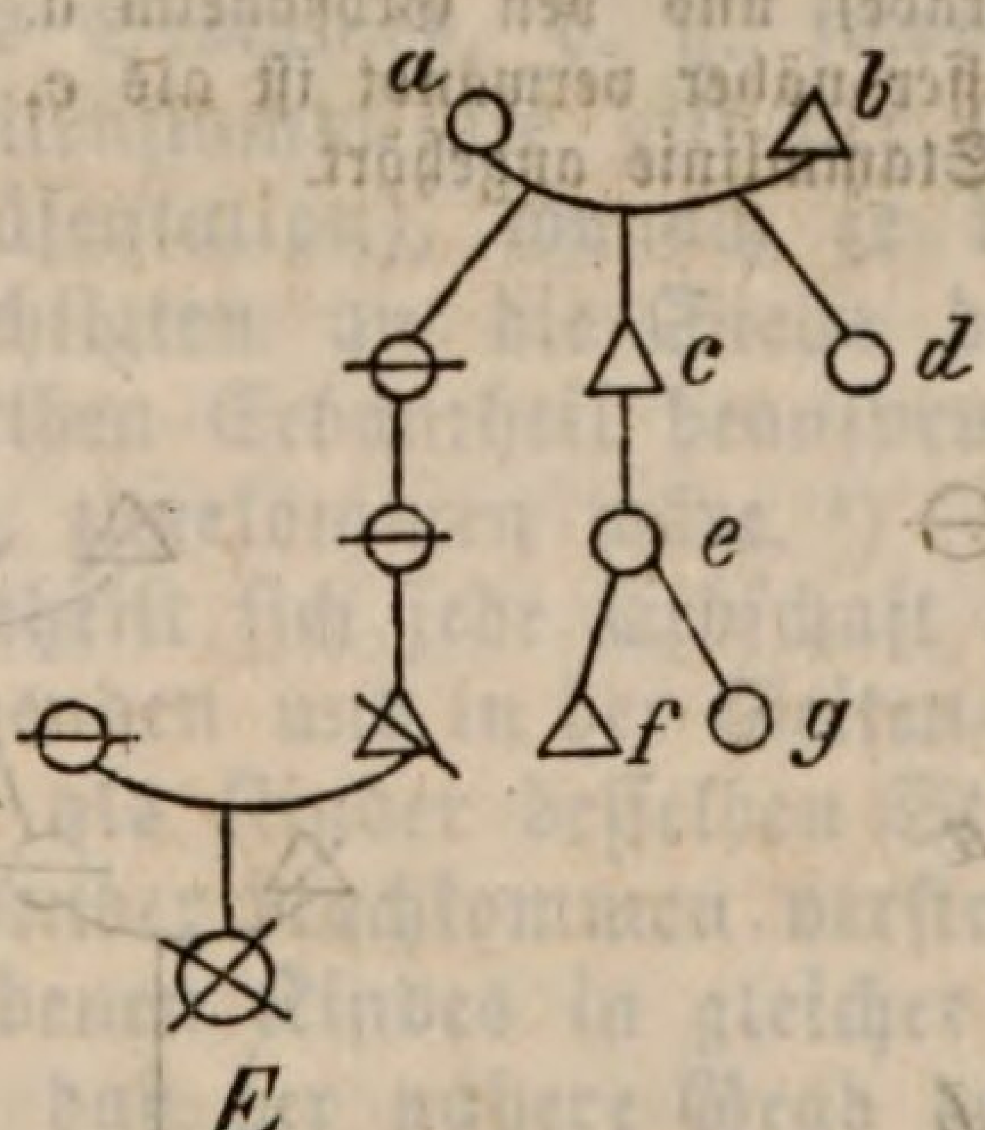
1) aus seinen väterlichen Großeltern a und b und deren Abkömmlingen, nämlich dem Oheim c und der Tante d, der Geschwisterkindbase f (Tochter des Oheims c) und deren Sohn g und
2) aus seinen mütterlichen Großeltern i und k und dem mütterlichen Oheim l.

4) Z. B.:



In obigem Schema umfaßt die urgroßelterliche Stammlinie: 1) die mütterlichen Urgroßeltern a, b, c und d; 2) die väterlichen Urgroßeltern e, f, g und h und 3) die Nachkömmlinge der zwei letzteren, nämlich: den Großoheim i, dessen Kinder k und l (Base und Vetter des Erblassers im dritten und zweiten Grad) und Enkel m (Vetter des Erblassers im dritten Grade).

5) Z. B.:



In obigem Schema befaßt die 5te Stammlinie: 1) die Ururgroßeltern des Erblassers (E), nämlich a und b und 2) deren Kinder c und d nebst dem Enkel e und den Urenkeln f und g.

§ 491.

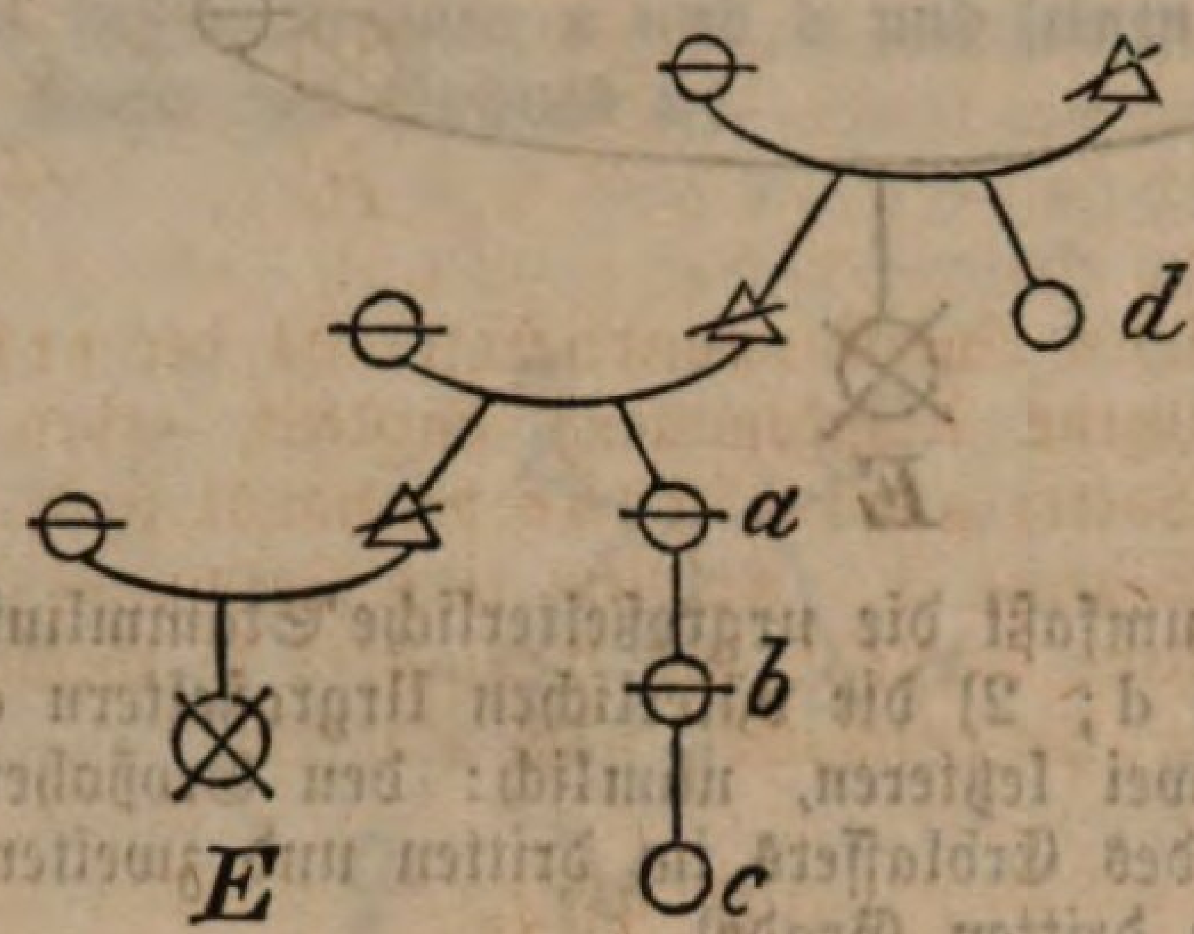
Allgemeine Grundsätze.

Bei der gesetzlichen Erbfolge gilt, mit Vorbehalt der Bestimmungen der §§ 495 und 496 der Grundsatz, daß je die nähere Stammlinie die entferntere ausschließt, so daß, wenn Verwandte aus der ersten (absteigenden) Stammlinie vorhanden sind, diejenigen aus der zweiten, und wenn Verwandte aus der zweiten vorhanden sind, diejenigen aus der dritten von der Erbschaft ausgeschlossen sind u. s. w. [1])

Innerhalb *derselben* Stammlinie schließt je der dem Grade nach nächste Verwandte des Erblassers *seine* (des Erbberechtigten) Nachkommen von der Erbschaft aus.[2])

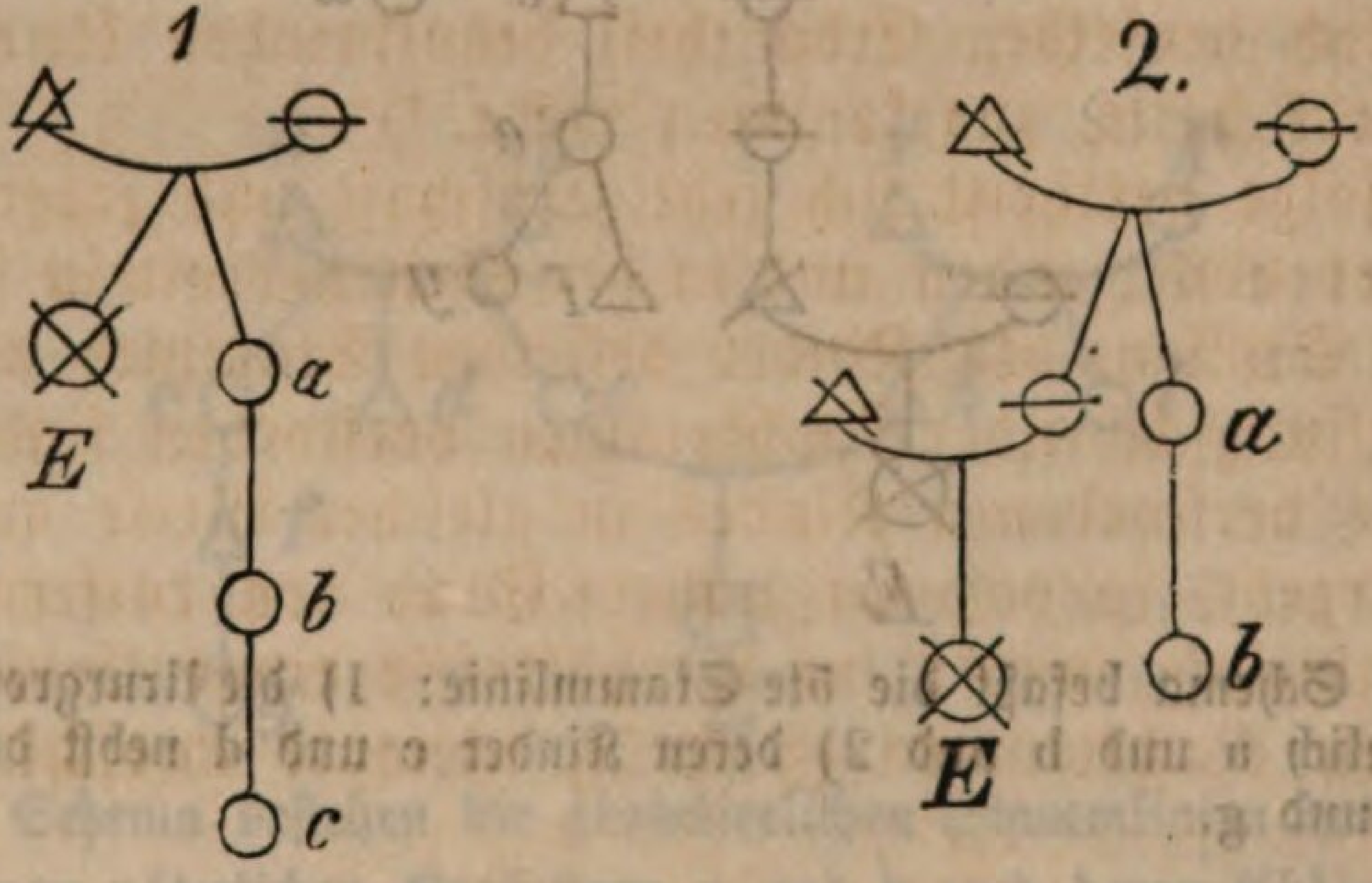
Gleich nahe Verwandte derselben Stammlinie erben, so weit nicht die Stellvertretung und Stollentheilung in Anwendung kommt (§ 492), nach *Köpfen*, d. h. zu gleichen Theilen.[3])

1) Dieses zufolge des deutschrechtlichen Sprichwortes: „je näher dem Blut, desto näher dem Gut". — Z. B.:



In obigem Schema hat der Erblasser E zwei Verwandte hinterlassen, nämlich den Vetter c (im dritten Grade) und den Großoheim d. Ungeachtet nun letzterer den Graden nach dem Erblasser näher verwandt ist als c, so geht doch letzterer ihm vor, weil er einer näheren Stammlinie angehört.

2) Z. B.:

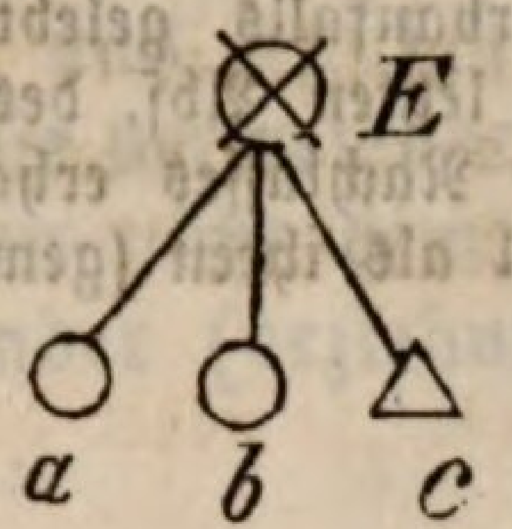


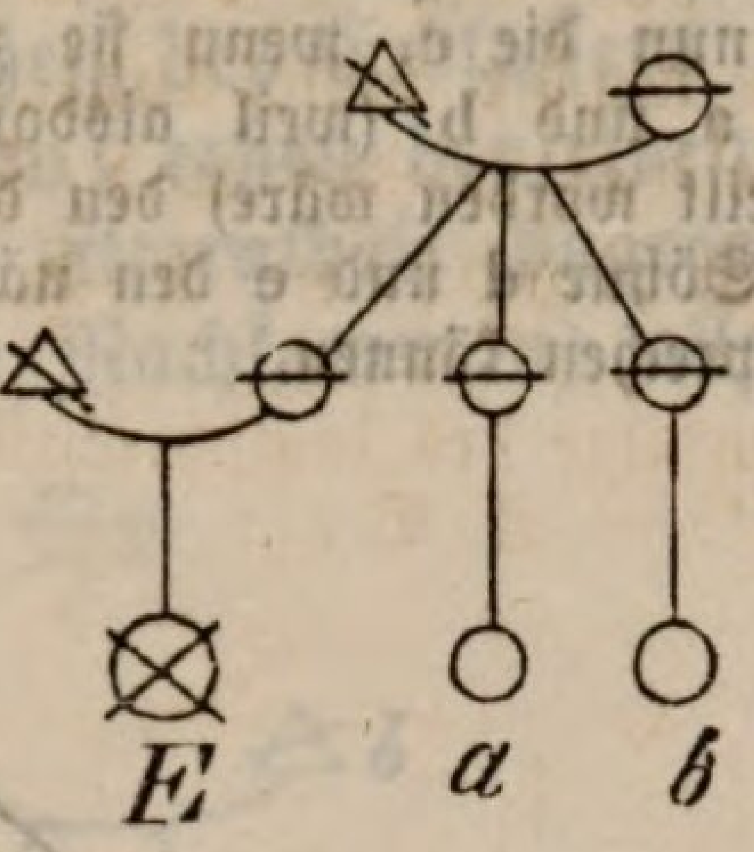
In Schema 1., welches eine Verwandtschaft aus der *zweiten* (elterlichen) Stammlinie darstellt, schließt a (als Bruder des Erblassers E) seinen Sohn b (Neffen des E) sowohl als seinen Enkel c (Hinterneffen des E) von der Erbschaft aus.

Ebenso schließt in Schema 2., welches eine Verwandtschaft aus der dritten (großelterlichen) Stammlinie darstellt, a (als Oheim des Erblassers E) seinen Sohn b (Geschwisterkind des E) von der Erbschaft aus.

Vgl. übrigens Note 6 zu § 477.

³) Z. B.:

1. 

2. 

In Schema 1., welches eine Verwandtschaft aus der ersten Stammlinie (nämlich des Erblassers E eigene Nachkommen) darstellt, erben demnach a, b und c, weil sie dem E (ihrem Vater) gleich nahe verwandt sind, nach Köpfen.

Ebenso erben in Schema 2., welches eine Verwandtschaft aus der dritten (großelterlichen) Stammlinie darstellt, des Erblassers E Geschwisterkindvettern a und b, weil dem E gleich nahe verwandt, nach Köpfen.

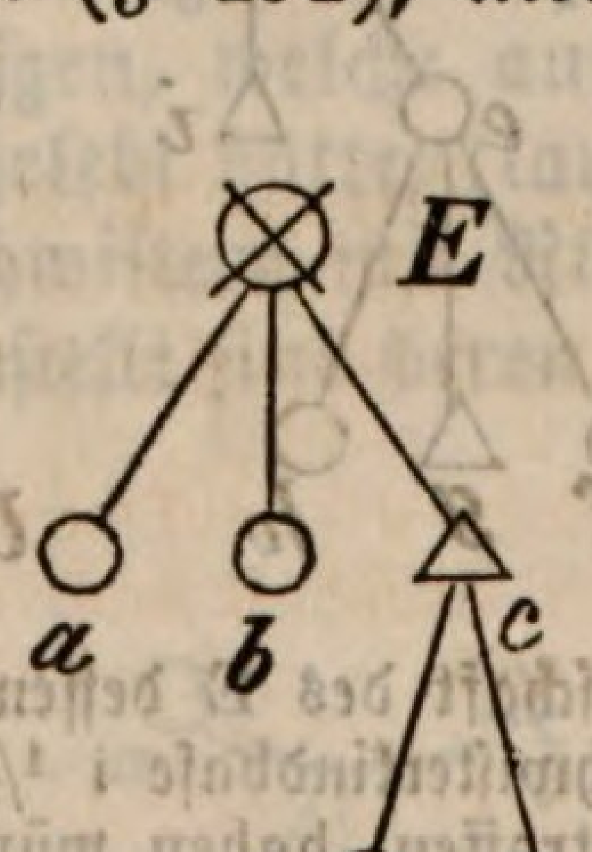
§ 492.

Stellvertretung und Stollentheilung.

Innerhalb jedes Stammes, d. h. sowohl in der absteigenden Linie als in der Seitenstammlinie gilt der Grundsatz der Stellvertretung (Repräsentation), wonach je die Nachkommen eines verstorbenen Erbberechtigten an die Stelle des letzteren treten und gemeinschaftlich denselben Erbantheil beanspruchen können, der ihm, wenn er gelebt hätte, zugekommen wäre. ¹)

Demzufolge vertheilt sich jede Erbschaft und jeder Zweig einer solchen in der absteigenden und in der Seiten-Linie in so viele gleiche Theile oder Stollen, als Kinder desselben Stammes am Leben oder mit Hinterlassung lebender Nachkommen verstorben sind; worauf der Antheil jedes verstorbenen Kindes in gleicher Weise auf seine Nachkommen übergeht, so daß der nähere Grad den entfernteren in derselben Stammlinie, außer im Verhältnisse eines Erbberechtigten zu seinen eigenen Nachkommen (§ 491), niemals ausschließt. ²)

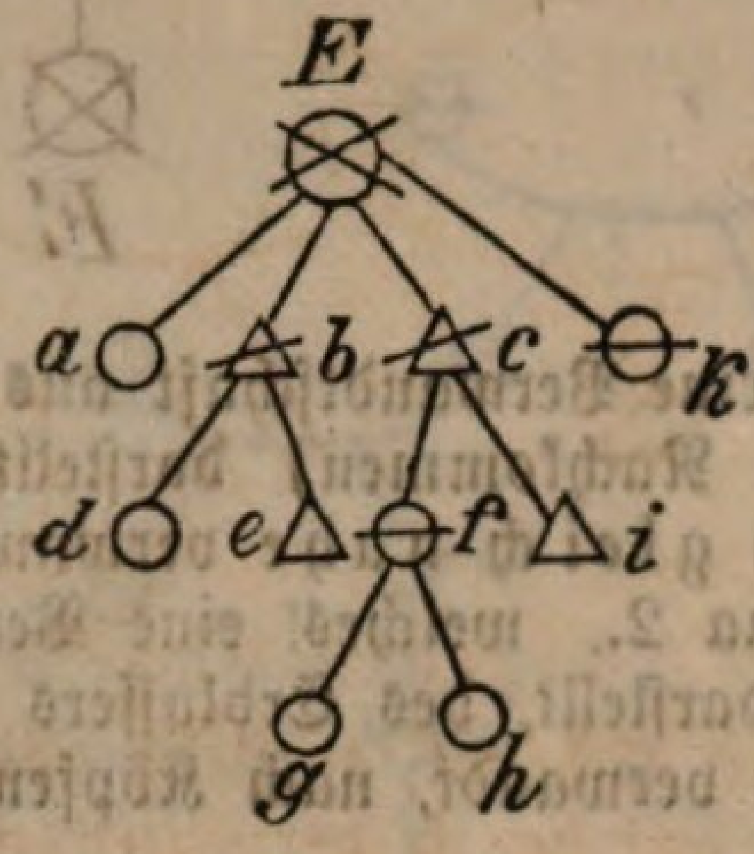
¹) Z. B.:



In obigem Schema, in welchem der Erblasser E zwei Söhne a und b und von der verstorbenen Tochter c zwei Enkel d und e hinterlassen hat, treten demnach ver-

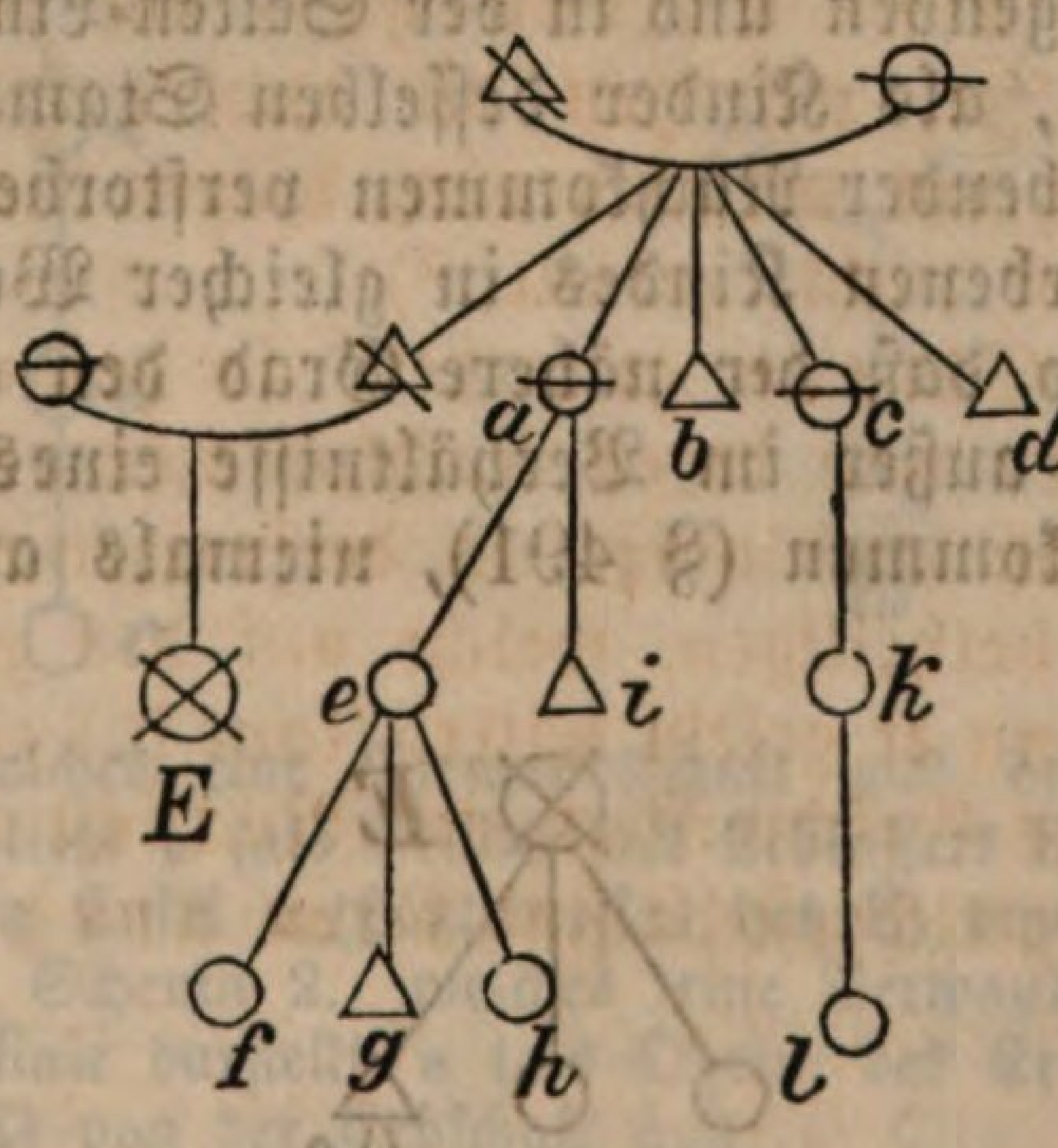
möge des Grundsatzes der Stellvertretung d und e als Erben an die Stelle ihrer verstorbenen Mutter c, währnd, wenn diese Stellverrtretung nicht zuläßig wäre, a und b, als dem Erblasser um einen Grad näher, allein den letzteren beerben würden. Da nun die c, wenn sie zur Zeit des Erbanfalls gelebt hätte, neben ihren Brüdern a und b (weil alsdann zufolge des letzten Abs. des § 491 nach Köpfen getheilt worden wäre) den dritten Theil des Nachlasses erhalten hätte, so werden deren Söhne d und e den nämlichen Drittheil als ihren (gemeinschaftlichen) Erbantheil ansprechen können.

²) Z. B.:



In obigem Schema treten zufolge des Grundsatzes der Stellvertretung des Erblassers Enkel d und e an die Stelle seiner verstorbenen Tochter b und seine Urenkel g und h zunächst an die Stelle des verstorbenen Enkels f und sodann gemeinschaftlich mit der Enkelin i an die Stelle der verstorbenen Tochter c. Demzufolge wird die Verlassenschaft des E, da dessen Sohn k ohne Nachkommen gestorben ist, vorerst in drei gleiche Theile oder Stollen getheilt, so daß der Sohn a einen, die Enkel d und e an der Stelle der Tochter b einen andern und die Urenkel g und h nebst der Enkelin i an der Stelle der verstorbenen Tochter c den dritten Antheil erhalten, und zwar wird letzterer wieder so in zwei Hälften getheilt, daß die Enkelin i die eine, die Urenkel g und h (an der Stelle ihres Vaters f) die andere erhalten.

Demnach erhalten a $^1/_3$, d $^1/_6$, e $^1/_6$, g $^1/_{12}$, h $^1/_{12}$ und i $^1/_6$ der Erbschaft. Dasselbe gilt in der Seitenlinie nach folgendem Schema:



Hier erhalten von der Erbschaft des E dessen Tanten b und d jede $^1/_4$, dessen Vetter l ebenfalls $^1/_4$, die Geschwisterkindbase i $^1/_8$ (d. h. die Hälfte des $^1/_4$, das dem verstorbenen Oheim a zugetroffen haben würde) und die Kinder des verstorbenen Geschwisterkindvetters e, nämlich f, g und h jedes $^1/_{24}$ (d. h. jedes einen Drittheil des $^1/_8$, das dem e zugetroffen haben würde).

§ 493.
Kinder aus verschiedenen Ehen.

Kinder aus verschiedenen Ehen des Erblassers (beziehungsweise ihre, sie vertretenden Nachkommen) erben denselben mit gleichen Rechten; den nicht gemeinschaftlichen Elterntheil dagegen erben des letzteren Kinder (beziehungsweise ihre Nachkommen) allein.[1])

[1]) Z. B.:



In dem Falle, den obiges Schema darstellt, beerben somit die von dem Erblasser E aus dessen erster Ehe mit der b herrührenden Nachkommen d, e und f ihre Mutter b allein, ihren Vater (den Erblasser E) dagegen in Gemeinschaft mit ihrem einbändigen Bruder c, der hinwieder seine Mutter a allein beerbt.

§ 494.
Elterliche Stammlinie.

Wenn, in Ermanglung eigener erbfähiger Nachkommen des Erblassers, die zweite (elterliche) Stammlinie zur Erbschaft gelangt, so kommen folgende Grundsätze in Anwendung:

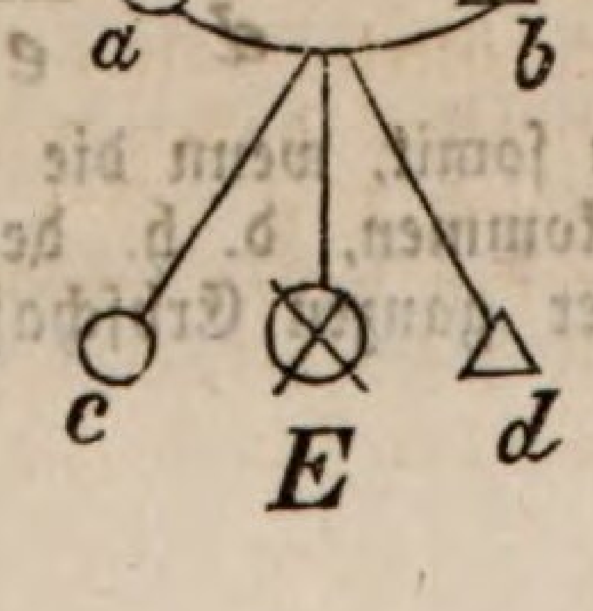
a. sind beide Eltern am Leben, so erbt jeder Elterntheil die Hälfte;[1])

b. ist nur der eine Elterntheil am Leben, so erbt dieser die eine Hälfte, wogegen die andere Hälfte den erbfähigen Nachkommen des verstorbenen, mögen sie aus derselben Ehe stammen oder nicht, zufällt;[2])

c. sind beide Eltern gestorben, so gelangen die Geschwister des Erblassers und deren Nachkommen allein zur Erbschaft,[3]) so jedoch, daß einbändige an derjenigen Hälfte als gleich berechtigt sich betheiligen, welche auf den gemeinschaftlichen Elterntheil, wenn er gelebt hätte, (laut b.) gefallen sein würde.[4])

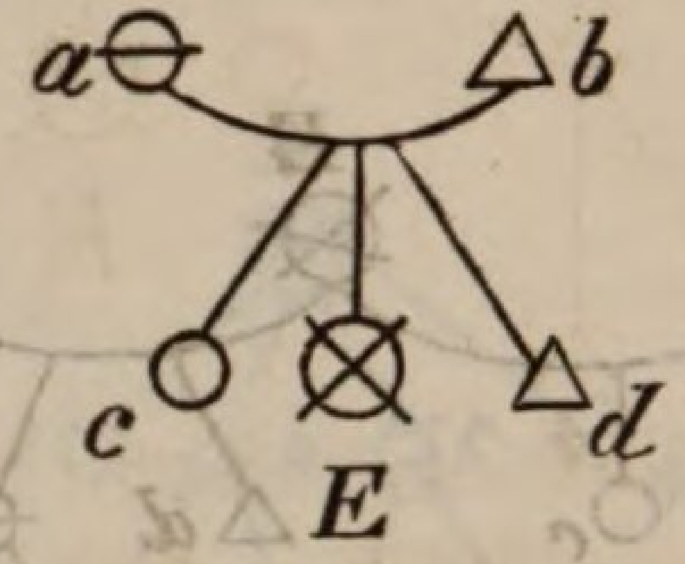
Den einbändigen Geschwistern mit Rücksicht auf die der Mutter zukommende Hälfte gleichgestellt sind deren uneheliche Nachkommen (§ 489).[5])

[1]) Z. B.:



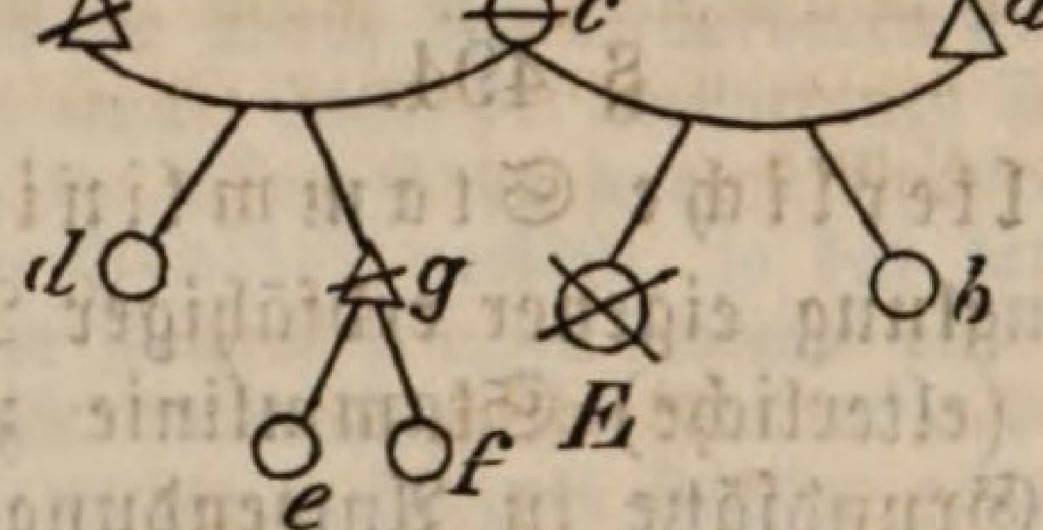
Gesetzt, der Erblasser E, der ohne Nachkommen, aber mit Hinterlassung seiner Eltern a und b und seiner Geschwister c und d (somit von lauter Verwandten aus der elterlichen Stammlinie) stirbt, hinterlasse ein Vermögen von Fr. 10,000; so wird dessen Vater a die eine und dessen Mutter b die andere Hälfte dieses Nachlasses, somit jedes Fr. 5000, erhalten. (Die beiden Geschwister c und d erhalten deßhalb nichts, weil sie, zufolge § 491 Abs. 2, durch ihre, um einen Grad dem Erblasser näher verwandten Eltern von der Erdschaft ausgeschlossen werden.)

²) Z. B.:



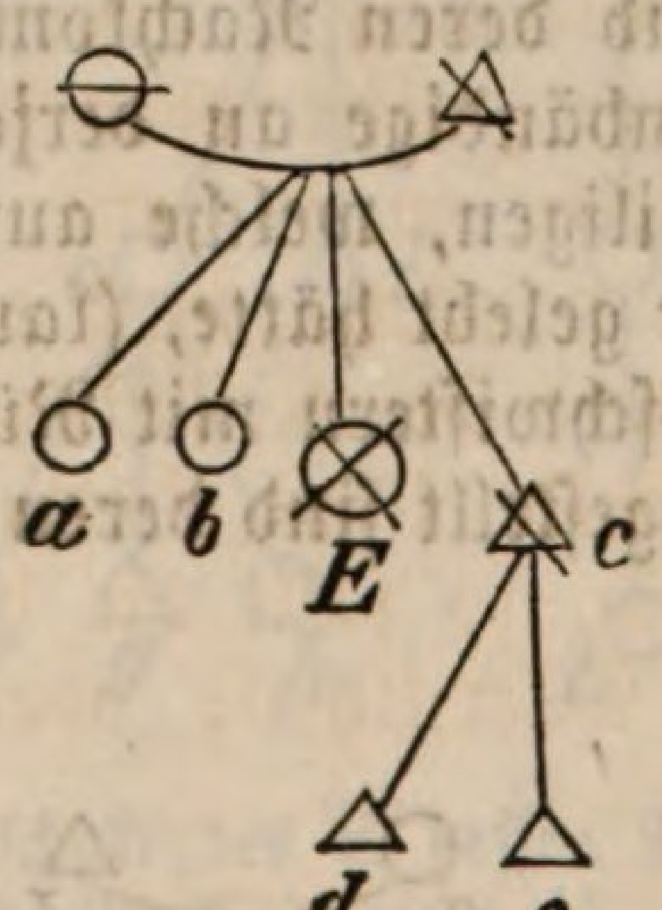
Ist der Erblasser E mit Hinterlassung der Mutter b und der Geschwister c und d verstorben, so erhält die Mutter die eine Hälfte, während c und d, vermöge des Grundsatzes der Stellvertretung (§ 492), an der Stelle ihres verstorbenen Vaters a die andere Hälfte erhalten.

Der nämliche Grundsatz kommt in Anwendung, wenn der Erblasser einbändige Nachkommen des verstorbenen Elterntheils hinterläßt. Z. B.:



Im Falle des obigen Schema würde die Hälfte des Nachlasses des E auf dessen lebende Mutter a, die andere Hälfte dagegen auf sämmtliche Nachkommen des Vaters c, somit 1) auf den vollbürtigen Bruder b und 2) auf den halbbürtigen (einbändigen) Bruder d und die halbbürtigen Neffen e und f (als Repräsentanten der verstorbenen Halbschwester g) fallen. Demnach würde b $1/6$ (d. h. einen Drittheil der Hälfte, die seinem verstorbenen Vater zugetroffen hätte), d $1/6$, e und f zusammen $1/6$ oder jeder $1/12$ erben.

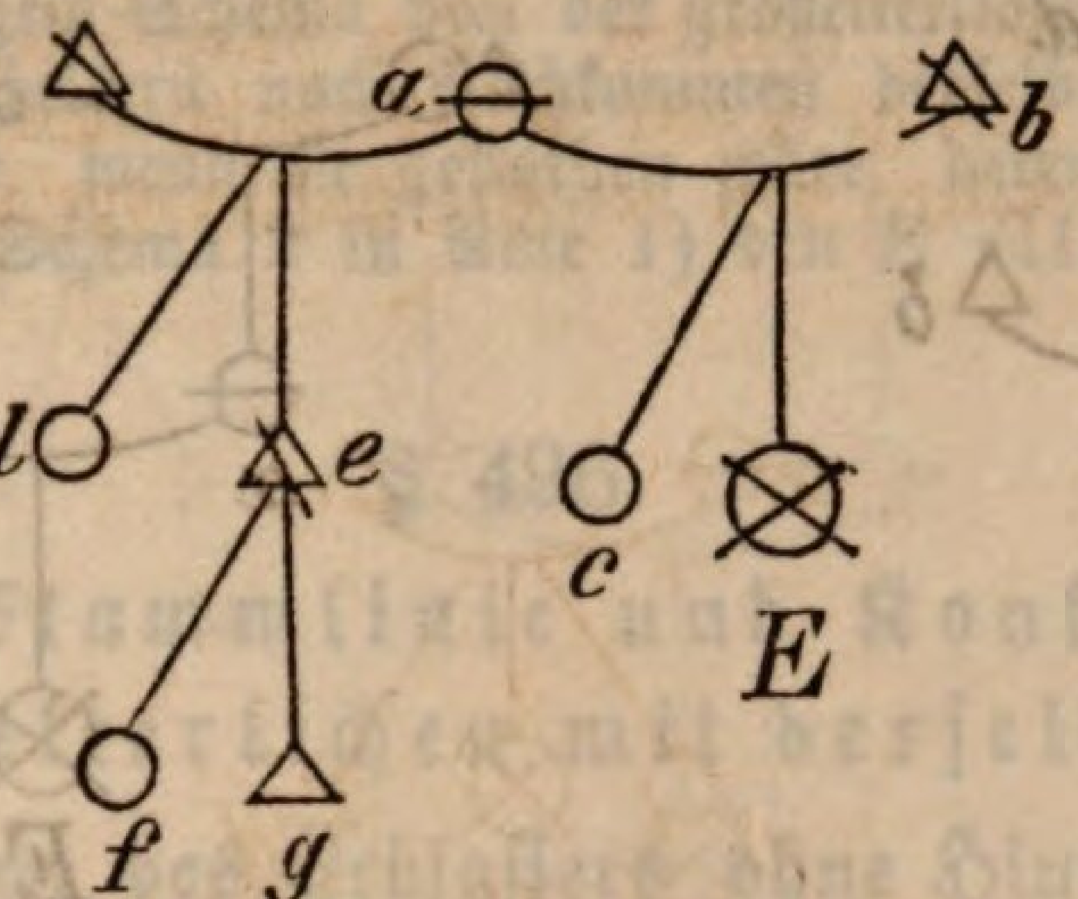
³) Z. B.



In diesem Schema kommen somit, wenn die Eltern des Erblassers E gestorben sind, ihre, sie vertretenden Nachkommen, d. h. des Erblasser Brüder a und b und Nichten d und e zum Bezug der ganzen Erbschaft, und zwar so, daß a $1/3$, b $1/3$

und jede der Nichten d und e (welche mit einander die verstorbene Mutter c vertreten) $^1/_6$ erhielte.

[4]) Z. B.



Hier erbt des Erblassers E vollbürtiger Bruder c allein diejenige Hälfte des Nachlasses, welche seiner Mutter b, wenn sie lebte, zutreffen würde, während diejenige Hälfte, welche dem Vater a, wenn er lebte, zuträfe, seinen sämmtlichen Nachkommen, gleichviel ob aus erster oder zweiter Ehe, zufiele, wonach die Halbbrüder c und d jeder $^1/_3$ und f und g (an der Stelle der verstorbenen Mutter e) zusammen ebenfalls $^1/_3$ jener väterlichen Hälfte d. h. je $^1/_6$ des ganzen Nachlasses erhielten.

[5]) Hätte somit in obigem Schema des Erblassers Mutter b außer dem ehelichen Sohne c auch noch ein uneheliches Kind g, so müßte c die auf die Mutter treffende Hälfte des Nachlasses mit g theilen, wonach das uneheliche Kind $^1/_4$ des ganzen von E hinterlassenen Vermögens erhielte.

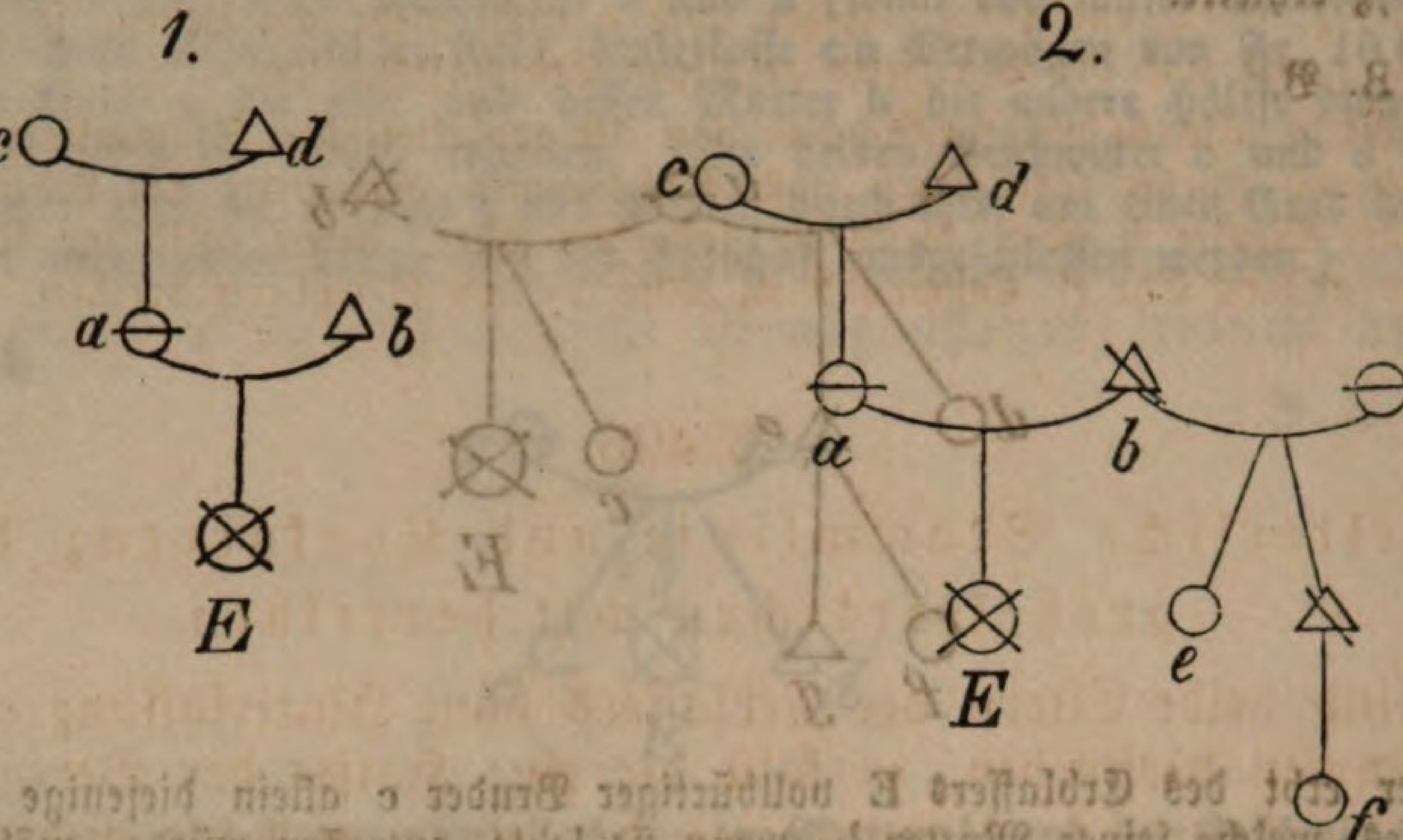
§ 495.

Konkurrenz der großelterlichen Stammlinie mit der elterlichen.

Wenn keiner der in § 494 erwähnten Fälle eintritt, dagegen der eine Elterntheil den Erblasser überlebt hat oder mit Hinterlassung nicht gemeinschaftlicher erbfähiger Nachkommen verstorben ist, der andere Elterntheil aber ohne Hinterlassung nicht gemeinschaftlicher erbfähiger Nachkommen verstorben ist, so fällt die eine Erbschaftshälfte dem noch lebenden Elterntheil oder dessen erwähnten erbfähigen Nachkommen, die andere Hälfte aber der großelterlichen Stammlinie der andern Elternseite zu, [1]) und zwar erben alsdann die Großeltern und deren Abkömmlinge nach den nämlichen Grundsätzen, nach welchen die Eltern und deren Abkömmlinge (§ 494) erben. [2])

Sollten auf dieser Seite keine Verwandten der großelterlichen Stammlinie vorhanden sein, so fällt die betreffende Erbschaftshälfte ganz dem noch lebenden Elterntheile oder dessen erbfähigen Nachkommen zu. [3])

[1]) Z. B.:

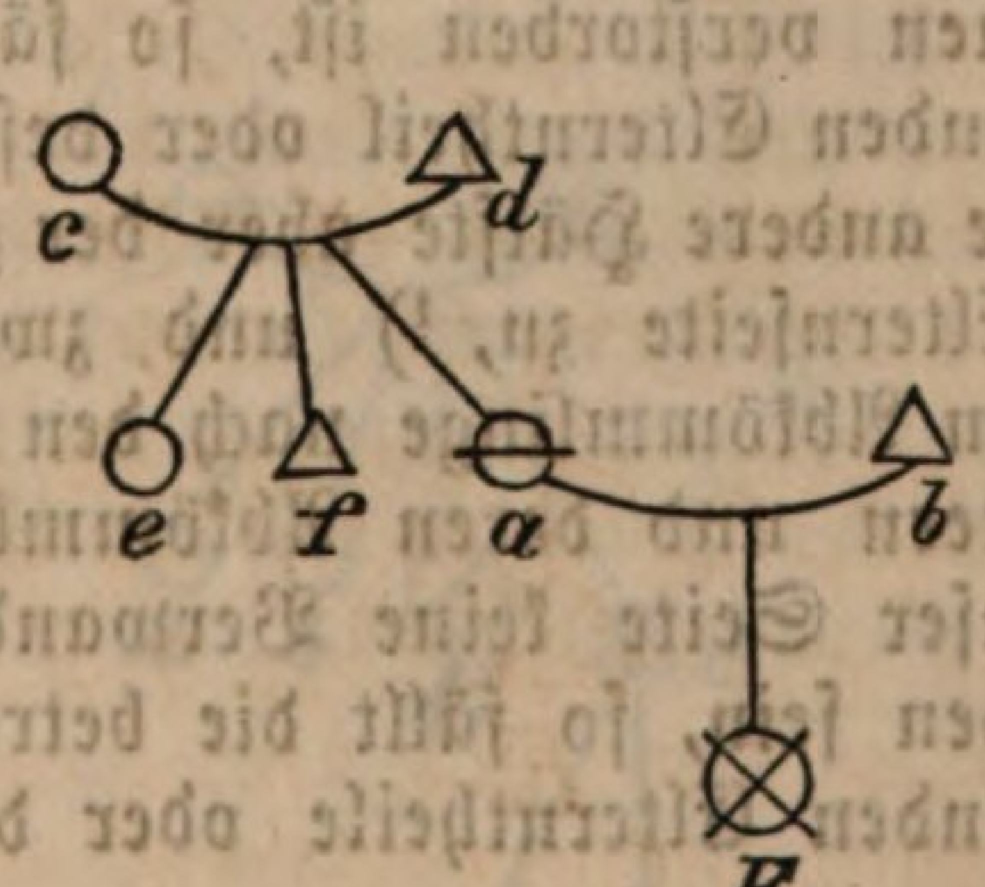


In Schema 1. erhält, da der Erblasser E keine vollbürtigen Geschwister, wohl aber die Mutter b und die väterlichen Großeltern c und d hinterläßt, die Mutter eine Hälfte des Nachlasses, wogegen die andere Hälfte, die dem verstorbenen Vater zugetroffen hätte (§ 494) dessen Eltern (Großeltern des Erblassers) c und d zufällt.

Wäre aber (s. Schema 2.) die Mutter b gestorben, jedoch mit Hinterlassnng von Nachkommen aus einer andern Ehe, nämlich des Sohnes e und des Enkels f, so würde diejenige Erbschaftshälfte, welche der Mutter, wenn sie gelebt hätte, zugetroffen wäre, ihren erwähnten Nachkommen (dem Halbbruder und dem Halbneffen des Erblassers) zufallen.

Es ist somit wohl zu merken, daß die großelterliche Stammlinie immer nur mit der elterlichen Stammlinie der andern Elternseite, niemals aber mit der elterlichen Stammlinie der nämlichen Elternseite in der Erbschaft konkurriren kann. Die Großeltern c und d könnten daher, wenn des Erblassers Vater a lebte, nicht zur Erbschaft gelangen, und eben so wenig wenn Nachkommen des a, gleichviel ob aus der Ehe mit der b oder aus einer andern, vorhanden wären, indem ja zufolge § 491 die nähere Stammlinie die entferntere auf der nämlichen Elternseite immer ausschließt. Daraus folgt, daß so lange vollbürtige Geschwister des Erblassers (oder Nachkommen von solchen) vorhanden sind, niemals Großeltern (oder deren Nachkommen) miterben können.

[2]) Z. B.:



Hier würde demzufolge die auf Vaterseite gefallene Hälfte des Nachlasses von den Großeltern c und d zur Hälfte getheilt, wonach ein jedes $1/4$ der ganzen Erbschaft erhielte.

Wäre dagegen eines dieser beiden Großeltern, z. B. die Großmutter d, gestorben gewesen, so würde der ihr zutreffende Erbtheil ihren Kindern e und f (Oheim und

Tante des Erblassers) zufallen, so daß alsdann der ganze Nachlaß so vertheilt würde: b 1/2, c 1/4, e 1/8 und f 1/8. Wäre auch c nicht mehr am Leben, so erhielten e und f die ganze auf die Vaterseite gefallene Erbschaftshälfte.

[3]) Wenn also in obigem Schema von der großelterlichen Stammlinie auf Vaterseite Niemand (weder Großeltern noch Nachkommen derselben) am Leben wäre, so würden die Mutter b oder, wenn sie gestorben wäre, deren allfällige Nachkommen aus einer andern Ehe (s. Schema 2 in Note 1) den E allein beerben.

§ 496.

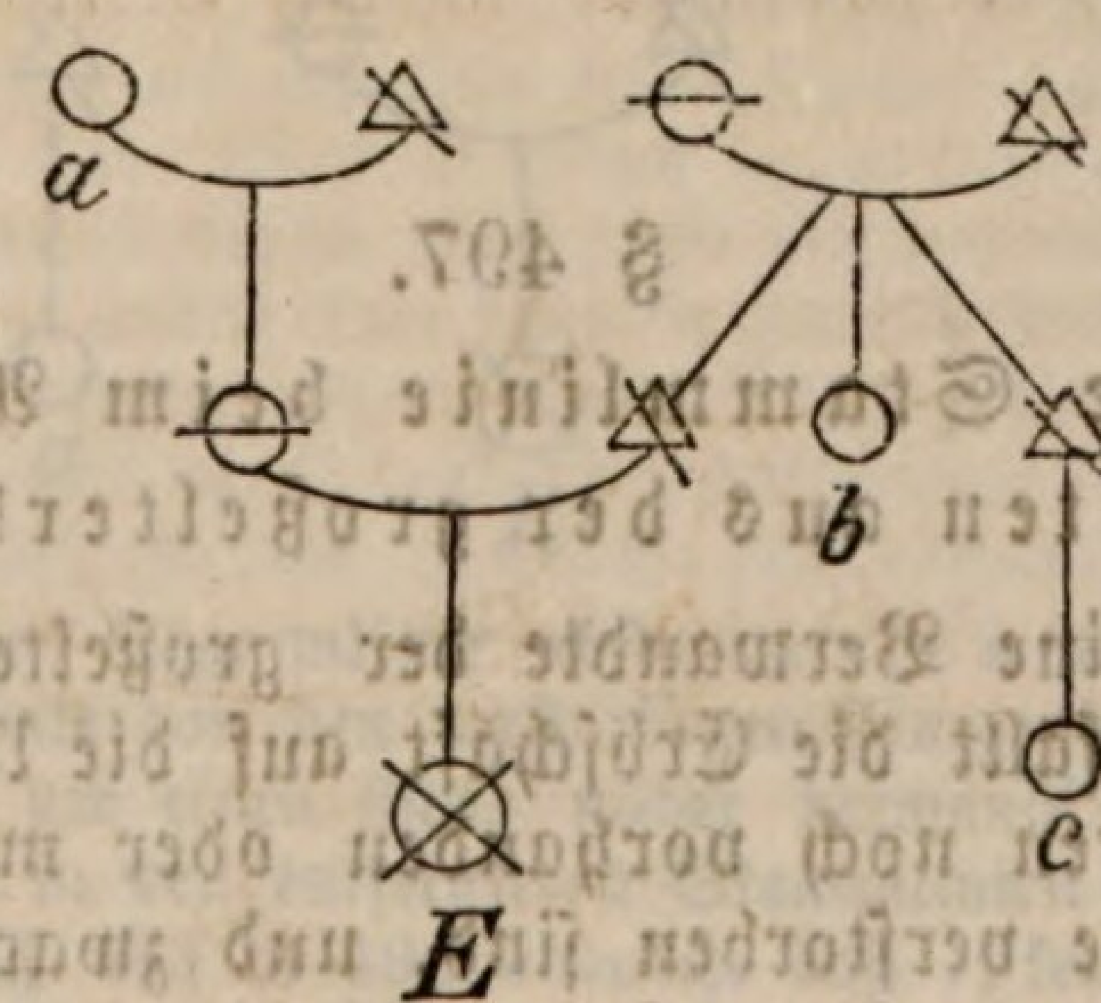
Großelterliche Stammlinie und Konkurrenz der urgroßelterlichen mit derselben.

Sind beide Eltern des Erblassers ohne Hinterlassung erbfähiger Nachkommen verstorben, so fällt die eine Hälfte der Verlassenschaft auf die großelterliche Stammlinie der einen und die andere Hälfte auf die großelterliche Stammlinie der andern Elternseite zu. [1])

Sind blos auf der einen Elternseite Verwandte aus der großelterlichen Stammlinie, auf der andern Elternseite aber keine näheren Verwandten, als aus der urgroßelterlichen Stammlinie vorhanden, so erben die letztern dessenungeachtet die Hälfte des Nachlasses. [2]) Wenn aber zwar auf der einen Elternseite Verwandte aus der großelterlichen Stammlinie, auf der andern Elternseite aber weder solche aus der großelterlichen noch aus der urgroßelterlichen Stammlinie vorhanden sind, so fällt der ganze Nachlaß jener großelterlichen Stammlinie zu. [3])

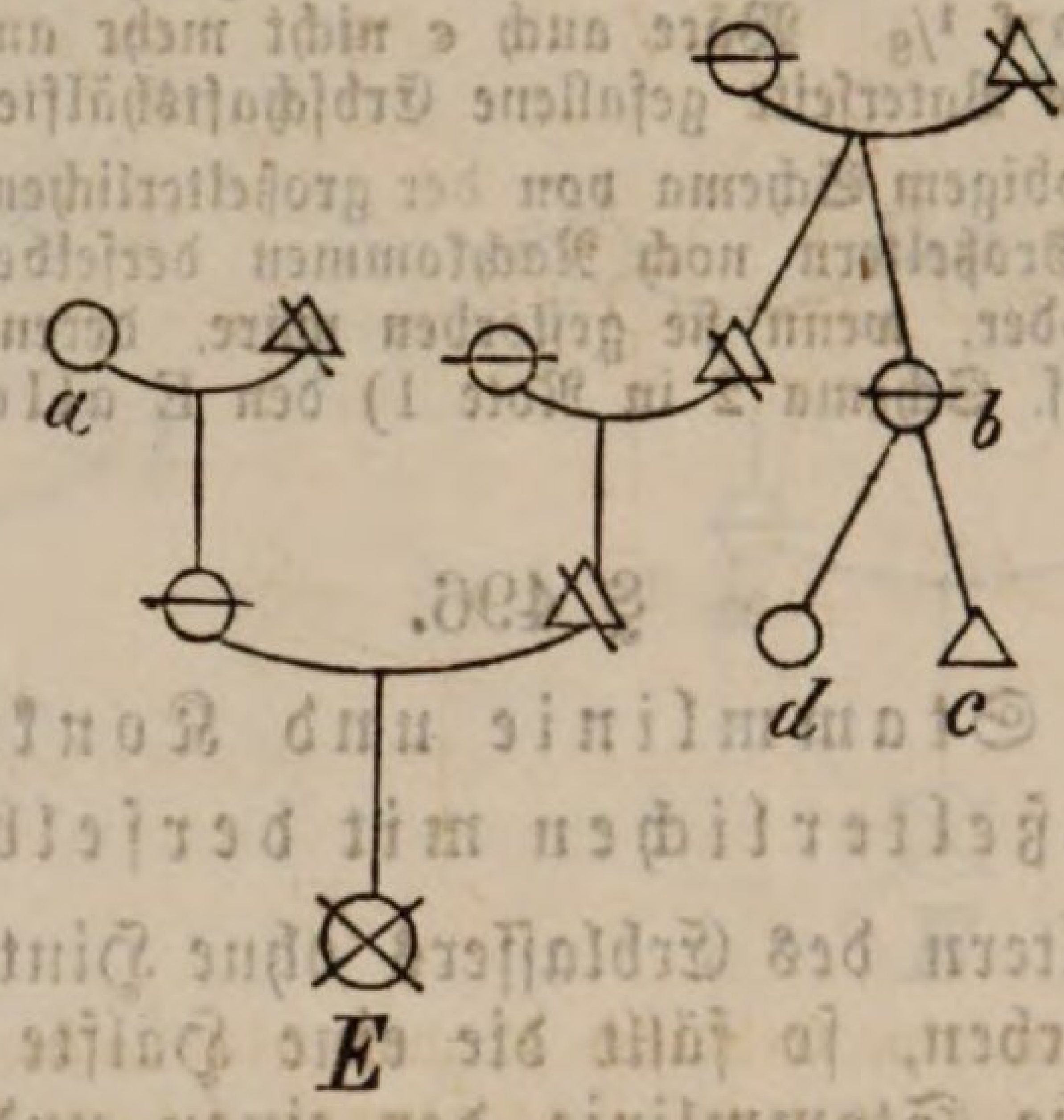
In allen diesen Fällen erben sodann die Großeltern beziehungsweise Urgroßeltern und deren Abkömmlinge nach den nämlichen Grundsätzen, nach welchen Eltern und deren Abkömmlinge (§ 494) erben. [4])

[1]) Z. B.:



Da aus den beiden elterlichen Stammlinien Niemand mehr am Leben ist, so fällt der Nachlaß des E zur Hälfte der großelterlichen Stammlinie auf Vaterseite (d. h. dem Großvater a) und zur Hälfte der großelterlichen Stammlinie auf Mutterseite (d. h. dem Oheim b und dem Geschwisterkindvetter c) anheim.

[2]) Z. B.:



In obigem Schema (in welchem E Erblasser ist) ist aus der großelterlichen Stammlinie auf Vaterseite der Großvater a am Leben; auf mütterlicher Seite sind zwar aus der großelterlichen Stammlinie keine Verwandten vorhanden, wohl aber aus der urgroßelterlichen Stammlinie c und d (Kinder des verstorbenen Hinteroheims b). Hier ist die Konkurrenz der urgroßelterlichen Stammlinie der einen Elternseite mit der großelterlichen Stammlinie der andern Elternseite zuläßig, und zwar so, daß der Großvater a die eine und die Vettern c und d zusammen die andere Erbschaftshälfte erhalten. — Es findet hier eine vollkommene Analogie statt mit der (in § 495 zugelassenen) Konkurrenz der großelterlichen Stammlinie der einen mit der elterlichen Stammlinie der andern Seite.

Diese Ausdehnung der Konkurrenz einer entfernteren Stammlinie der einen Elternseite mit einer näheren der andern Elternseite wurde erst von der zweiten Kommission nach langer und lebhafter Berathung beschlossen.

[3]) Wenn demnach in obigem Schema c und d zur Zeit des Anfalles der Erbschaft gestorben gewesen wären, so würde der Großvater a **einziger** Erbe sein, wenn auch auf mütterlicher Seite Verwandte aus einer **entfernteren** (z. B. der ururgroßelterlichen) Stammlinie vorhanden wären.

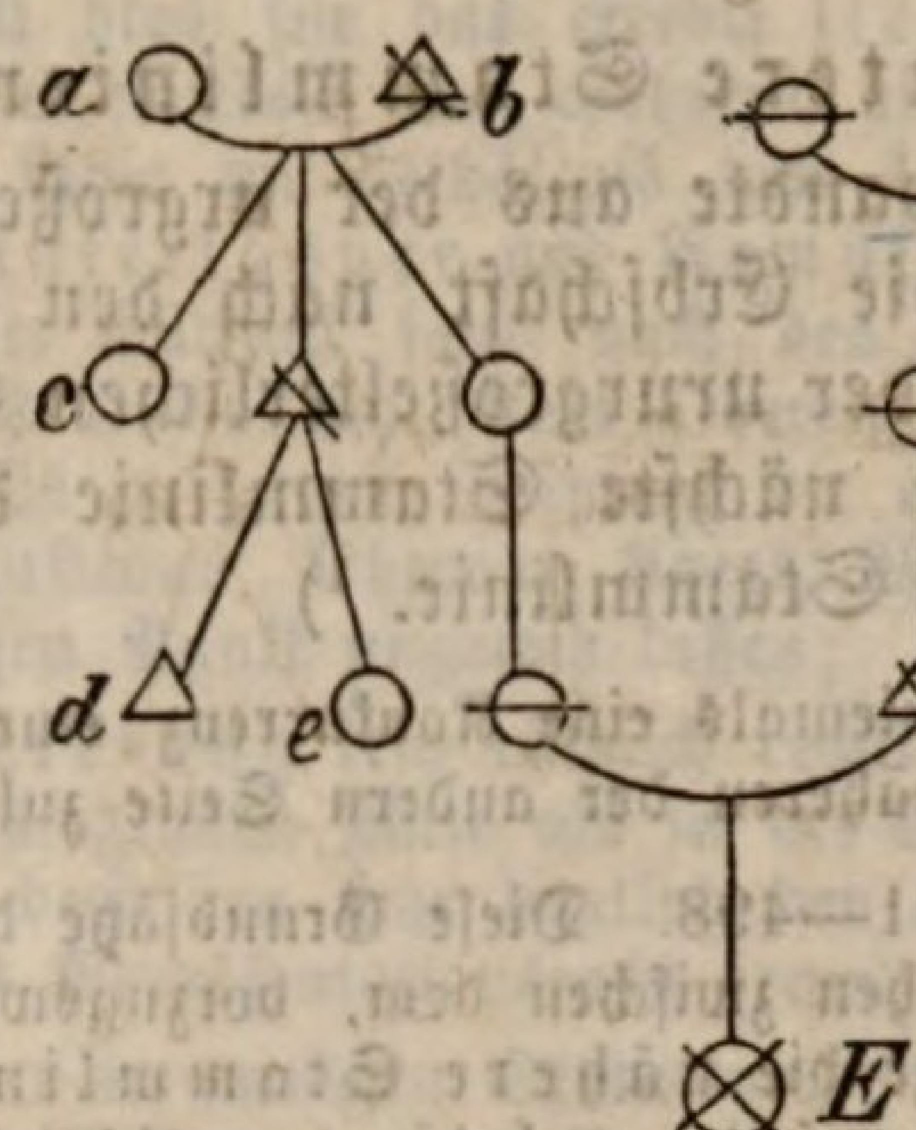
[4]) Vgl. Note 2 zu § 495.

§ 497.

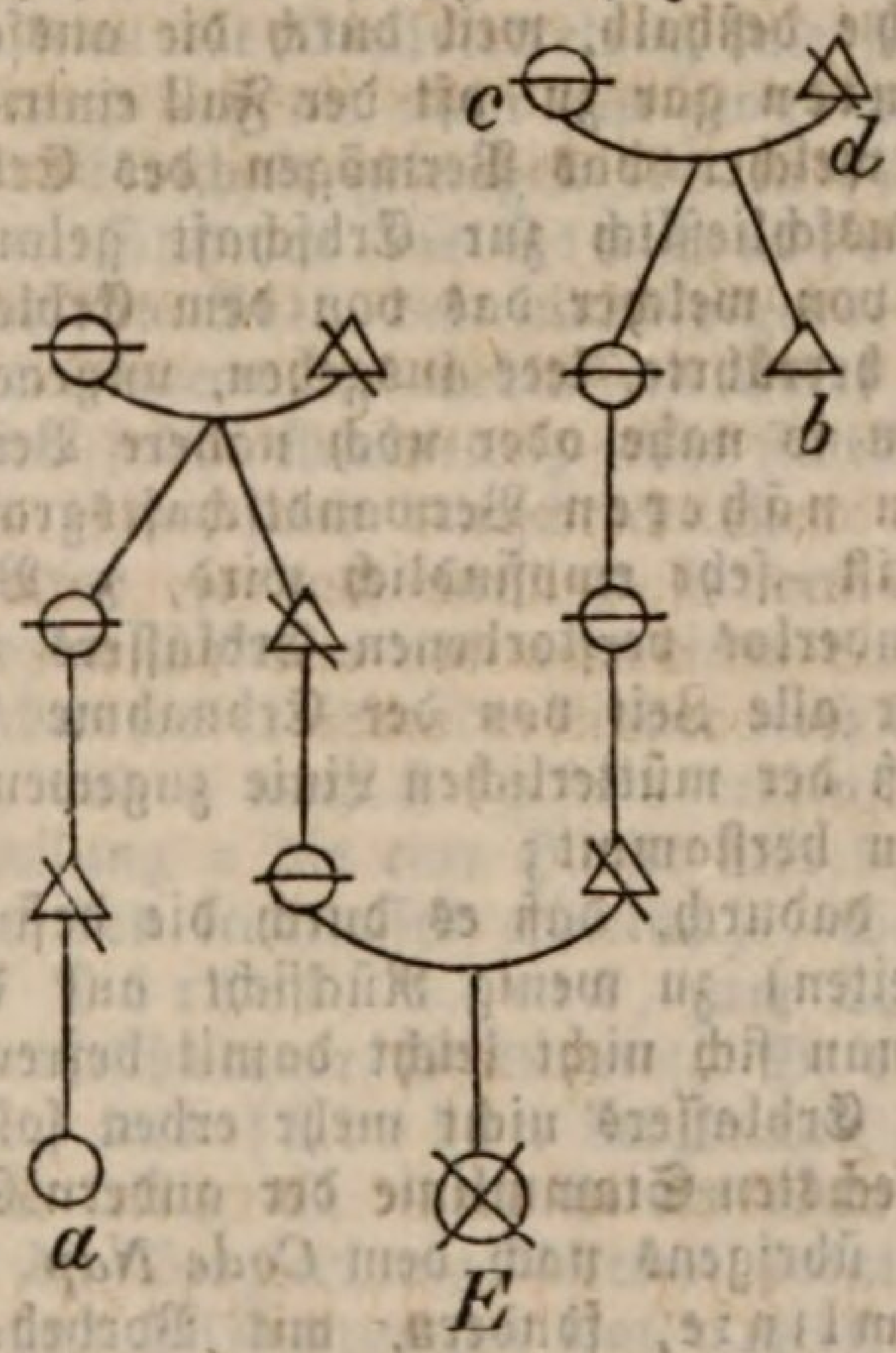
Urgroßelterliche Stammlinie beim Abgang von Verwandten aus der großelterlichen.

Wenn auch keine Verwandte der großelterlichen Stammlinien vorhanden sind, so fällt die Erbschaft auf die Urgroßeltern des Erblassers, so viele deren noch vorhanden oder mit Hinterlassung erbfähiger Abkömmlinge verstorben sind, und zwar zu gleichen Theilen, so daß der noch lebende Urgroßelterntheil einen Kopftheil erbt und der Kopftheil eines verstorbenen auf dessen Abkömmlinge fällt. [1])

[1]) Z. B.:



In obigem Schema hat der Erblasser E zwei lebende Urgroßeltern, nämlich den Urgroßvater a (auf Vaterseite) und die Urgroßmutter f (auf Mutterseite) und ferner Nachkommen der verstorbenen Urgroßmutter b, nämlich c, d und e, hinterlassen. In solchem Falle würden a und f jeder $1/3$, und c, d und e (als Stellvertreter der verstorbenen b) zusammen ebenfalls $1/3$ erhalten. Wäre die f nicht mehr am Leben gewesen, so würden a die eine Hälfte und c, d und e die andere Hälfte der ganzen Erbschaft erhalten, wenn gleich auf mütterlicher Seite Verwandte aus der ururgroßelterlichen Stammlinie vorhanden wären, so daß z. B. in folgendem Fall



der von der urgroßelterlichen Stammlinie abstammende a alleiniger Erbe wäre, ungeachtet die auf Mutterseite von den verstorbenen Ururgroßeltern c und d abstammende b dem Erblasser E um einen Grad näher verwandt wäre. Es unterscheidet sich demnach hier (so wie in den entfernteren Stammlinien — s. § 498) die Erbfolge von derjenigen der §§ 495 u. 496 dadurch, daß 1) keine Konkurrenz der ururgroßelterlichen Stammlinie der einen Elternseite mit der urgroßelterlichen Stammlinie der andern Elternseite stattfindet, und 2) dadurch, daß das System der Halbirung zwischen den beiden Elternseiten nicht mehr unbedingt zur Anwendung kommt, indem die Erbschaft hier jeweilen nur in so viele Theile zerlegt wird als lebende oder mit Hinterlassung von Nachkommen verstorbene Urgroßeltern sind, was sich in dieser Verwandtschaftsentfernung allerdings durch Gründe der Zweckmäßigkeit rechtfertigen mag, wogegen das österr. Ges. das Halbirungssystem konsequent durchführt.

§ 498.
Entferntere Stammlinien.

Sind auch keine Verwandte aus der urgroßelterlichen Stammlinie vorhanden, so fällt die Erbschaft nach den nämlichen Grundsätzen auf die Verwandten der ururgroßelterlichen Stammlinien, und so weiter fort je auf die nächste Stammlinie des Erblassers mit Ausschluß der entfernteren Stammlinie. [1])

[1]) Es ist also auch fortan niemals eine Konkurrenz einer entfernteren Stammlinie der einen Seite mit einer näheren der andern Seite zuläßig.

Anmerk. 1 zu den §§ 491—498. Diese Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge sind als eine Vermittlung anzusehen zwischen dem, vorzugsweise von dem österr. Ges. vertretenen System, wonach je die nähere Stammlinie die entferntere ohne Rücksicht auf die beiden Elternseiten unbedingt ausschließt, demnach weder eine Konkurrenz der großelterlichen Stammlinie mit der elterlichen noch der urgroßelterlichen mit der großelterlichen im Sinne der §§ 495 und 496 zuläßig ist; und dem, vorzugsweise von dem *Code Nap.* vertretenen System, wonach der Nachlaß zur Hälfte auf die väterliche und zur Hälfte auf die mütterliche Linie fällt, und zwar mit der näheren Bestimmung, daß „die Erbportion der einen Linie nur dann auf die andere fällt, wenn in einer von beiden Linien kein Aszendent oder Seitenverwandter vorhanden ist“ (§ 733).

Beide Systeme leiden, unbedingt durchgeführt, an Härten, und zwar

1) das österreichische deßhalb, weil durch die ausschließliche Berücksichtigung der Nähe der Stammlinien gar zu oft der Fall eintritt, daß gerade Verwandte derjenigen Elternseite, von welcher das Vermögen des Erblassers nicht oder zum kleineren Theil herrührt, ausschließlich zur Erbschaft gelangen, während die Verwandten der andern Seite, von welcher das von dem Erblasser hinterlassene Vermögen ganz oder großentheils herrührte, leer ausgehen, ungeachtet sich vielleicht in derselben dem Grad nach eben so nahe oder noch nähere Verwandte befinden — eine Härte, die namentlich in den näheren Verwandtschaftsgraden, in welchen das Familienbewußtsein noch stark ist, sehr empfindlich wird, z. B. wenn der Oheim oder Geschwisterkindvetter des kinderlos verstorbenen Erblassers durch den Umstand, daß dessen Mutter noch lebt, für alle Zeit von der Erbnahme sollen ausgeschlossen bleiben und dadurch ein Nachlaß der mütterlichen Linie zugewendet werden soll, der ausschließlich von der väterlichen herstammt;

2) das französische dadurch, daß es durch die definitive Halbirung zwischen den beiden Linien (Elternseiten) zu wenig Rücksicht auf die Nähe des Blutes nimmt; denn gewiß wird man sich nicht leicht damit befreunden können, daß z. B. ein Geschwisterkindvetter des Erblassers nicht mehr erben soll als etwa ein Abkömmling aus der fünften oder sechsten Stammlinie der andern Seite. (Die jeder Elternseite zugefallene Hälfte wird übrigens nach dem *Code Nap.* innerhalb derselben nicht nach der Nähe der Stammlinie, sondern, mit Vorbehalt des Stellvertretungsrechtes, nach der Nähe des Grades vererbt.)

Das zürch. Ges. folgt dem österreichischen Recht, während den meisten deutsch-schweizerischen Gesetzen das Klassen- und Gradsystem des röm. R. zu Grunde liegt.

Anmerk. 2 zu den nämlichen §§ 491—498. Das bündnerische Statutarrecht, so mannigfaltig es in seinen Einzelnheiten ist, wird dennoch in seinen Grundzügen meist von übereinstimmenden Grundsätzen beherrscht, die vorzugsweise dem deutschen, theilweise aber auch dem röm. Recht entspringen. Dahin gehört:

1) der sog. Rückfall, wonach der Nachlaß eines ohne Nachkommen verstorbenen Erblassers derart gesondert wurde, daß das von des Vaters Seite herkommende Erbgut auf die väterliche und das von der Mutterseite herrührende auf die mütterliche Linie zurückfiel. Einzig den Statuten der V Dörfer und denjenigen von Poschiavo (letzteren aber auch nicht unbedingt) war dieser (aus-

schließlich dem deutschen Recht entspringende) Rückfall fremd. Die Obereng. St. schrieben diesen Rückfall blos für das ererbte liegende Gut (wozu freilich auch Gold und Silber gerechnet wurden) vor, während die Fahrhabe zwischen der väterlichen und mütterlichen Linie im Verhältniß von $^2/_3$ zu $^1/_3$ getheilt werden sollte. Letzteres schrieben die Untertasner und Remüser St. auch hinsichtlich des Erworbenen vor. Dieser Rückfall fand nach den einen Statuten unbeschränkt, so weit überhaupt das Erbrecht reicht, statt (Oberengadin, Obtasna, Untertasna, Oberhalbstein, Bergün, Remüs u. s. w.), während die andern ihn auf den dritten Grad (kanon.) beschränken (Fürstenau, Obervaz, Avers, Münsterthal, X Ger. Bund), und endlich noch andere diesen Punkt ungewiß lassen;

2) die Stellvertretung (ein römisch rechtliches Institut), die in allen Statuten sowohl in der absteigenden Linie als in der Seitenverwandtschaft zuläßig war. Indeß erkennt man an derselben sehr deutlich den Kampf des römischen Rechts mit dem deutschen (dem das Repräsentationsrecht fremd war), und zwar:

a) weil dasselbe nur in wenigen Statuten unbeschränkt galt, vielmehr nach den meisten nur bis zum 3ten Grad incl. Anwendung fand (Oberbund, Bergün, Fürstenau, Obervaz, Avers, X Ger. Bund), nach den Poschiaver St. (die sonst so sehr dem röm. R. sich zuneigen) vollends nur bis zum zweiten. Die Stat. des Ober- und Unterengadin und Oberhalbstein lassen die Stellvertretung (wie den Rückfall) bis zum 4ten resp. 5ten Grad zu (weiter erstreckt sich freilich bei letzteren das Erbrecht überhaupt nicht). Mehrere Statuten lassen die Ausdehnung des Erbrechts im Ungewissen. Bemerkenswerth ist, daß Rückfall und Stellvertretung fast immer gleichmäßig beschränkt sind;

b) weil mehrere Statuten die Stellvertretung nur für den nächstfolgenden Grad zulassen, derart, daß nie mehr als zwei auf einander folgende Grade gleichzeitig zur Erbschaft gelangen können (V Dörfer, Avers);

c) weil nach mehreren Statuten die Stollentheilung blos dann eintrat, wenn mit dem nächsten Grad der nächstfolgende durch Stellvertretung konkurrirte (z. B. mit Kindern des Erblassers Enkel von verstorbenen Kindern), während, wenn eine solche Konkurrenz nicht stattfindet, somit nur gleich nahe Verwandten erben (ganz nach deutschrechtlichem Grundsatz) unbedingt nach Köpfen geerbt wird (so daß, wenn z. B. der Erblasser E von einem verstorbenen Sohne einen Enkel a und von einer verstorbenen Tochter vier Enkel b, c, d und e, aber weder lebende Kinder noch Urenkel hinterließe, die fünf Enkel a, b, c, d, und e nach Köpfen erbten, während nach dem Grundsatz der Stollentheilung a die eine Hälfte und b, c, d und e mit einander die andere Hälfte des Nachlasses erhielten). So namentlich die Stat. von Fürstenau, V Dörfer, Avers, zum Theil auch Oberbund;

d) weil die Fassung verschiedener Statuten (z. B. derjenigen des Oberbund: „. . . so ist gesetzet, das fürohin dergleichen Kinder in dem andern und dritten Gradt, wie billig ist, ihrer Eltern Todt nicht sollen zu entgelten haben") so wie die Vergleichung älterer statutarischer Verordnungen mit späteren Zusätzen und Erläuterungen klar angibt, daß die Stellvertretung nur allmälig und mit Mühe sich Bahn brach, wie denn z. B. der sog. Enekli-Brief von 1469 (eine Erbsatzung des X Ger. Bundes, der für das Erbrecht eine gemeinschaftliche Gesetzgebung hatte) dieses Repräsentationsrecht blos den Enkeln eingeräumt hatte, während eine Erläuterung von 1633 es auch auf die Urenkel ausdehnte.

3) Bei Bestimmung der Nähe der Verwandtschaft hat durchweg die römische Gradzählung (jedoch in kanonischer Zählart) die deutsche Parentelenordnung verdrängt. Doch finden sich von derselben noch Spuren, z. B. in der Bestimmung des Churer St. R., wonach mit den Großeltern der einen Elternseite die Abkömmlinge von Großeltern der andern Elternseite sollen konkurriren können, „denn sie ihrer Eltern Tod nicht entgelten sollen." Auch soll in solchem Fall die Erbschaft zwischen beiden Linien zur Hälfte getheilt werden, was indeß, soweit der

Rückfall Platz griff (und das Churer St. R. scheint diesen nicht zu beschränken), selbstverständlich nur hinsichtlich des von dem Erblasser Erworbenen galt, indem sein Ererbtes auf diejenige Linie fiel, von welcher es herkam. Die Oberbunds-St. vollends statuirten allgemein den Grundsatz, daß die nähere Parentel zunächst maßgebend sein soll und drücken dieses so aus: „das das Gut allzeit auf die deszendente Linie, das ist für sich fallen solle und nicht hinter sich, obschon dieselbige dem Geblüet nächer weren, doch allzeit auf das nächst Geblüet der rechten und wahren deszendenten Linien.“ Eben der Rückfall, der, mit wenigen Ausnahmen, überall in Bünden galt und in der Regel bis zur großelterlichen Stammlinie wirksam wurde, drückte übrigens, besonders in den Landgemeinden, wo sich das Stammvermögen ziemlich unverändert zu vererben pflegte und das Erworbene gegenüber dem Ererbten wenig in Betracht kam, ohnehin die Bedeutung der Parentelenordnung praktisch sehr herab.

4) Alle Statuten stimmen darin mit einander überein, daß sie in erster Linie die Nachkommen des Erblassers zur Erbschaft berufen (ein Grundsatz, der dem deutschen und dem röm. Recht gemein ist). Als ein weiterer wohl allgemein geltender, wenn auch nicht in allen Statuten ausdrücklich ausgesprochener Grundsatz unseres Statutarrechtes darf angesehen werden: daß, wenn keine Nachkommen des Erblassers vorhanden waren, alsdann dessen Eltern oder Großeltern gemeinschaftlich mit des Erblassers Geschwistern oder ihren Nachkommen, beim Abgang von Geschwistern und Nachkommen solcher aber allein zur Erbschaft gelangen. Obwohl hier die Einwirkung des röm. R. (dessen 2te Klasse die Aszendenten, vollbürtige Geschwister und deren Kinder umfaßte) unverkennbar ist, so unterscheidet sich doch obige zweite Klasse von der entsprechenden des röm. R. wesentlich dadurch, daß die Aszendenten nur zu lebenslänglichem Nießbrauch und nicht eigenthümlich, somit unbeschadet des Rückfalls, erbten. Waren daher keine Geschwister oder Nachkommen vorhanden, und hatten die Eltern oder (in Ermanglung solcher) die Großeltern die Erbschaft erhalten, so erfolgte erst nach ihrem Tode die Ausscheidung der Vermögenstheile, die auf die väterliche oder mütterliche Linie zu fallen hatten und es kamen alsdann in jeder Linie diejenigen Seitenverwandten zur Erbschaft, welche, wenn die Eltern oder Großeltern zur Zeit des Todes des Erblassers nicht gelebt hätten, erbberechtigt gewesen wären.

Im Uebrigen erbte aber nach allen Statuten das „nächste Blut“ d. h. die dem Erblasser (wo nicht Parentelenordnung galt) dem Grad nach nächsten Verwandten (mit Vorbehalt des Repräsentationsrechtes) und zwar kam, so weit Rückfall galt, jede Linie hinsichtlich des auf sie zurückgefallenen Vermögens selbständig zum Bezug. Von dort an, wo der Rückfall und die Stellvertretung aufhörten, war dagegen unbedingt und ohne Rücksicht auf die beiden Linien der dem Grad nach Nächste erbberechtigt.

Nach den Stat. der V Dörfer (welche den Rückfall nicht kannten) erbten die Aszendenten eigenthümlich und, wenn sie allein erbten, nach Linien d. h. so, daß die eine Hälfte auf die väterliche und die andere auf die mütterliche fiel. Nach dem Oberengad. St. (das den Rückfall nur für Unbewegliches zuließ) hatten die Eltern (Aszendenten?) nur den Nießbrauch am liegenden Gut, während das fahrende sofort den rechtmäßigen Erben zufiel. Es erhellt hieraus, daß dieser den Aszendenten eingeräumte lebenslängliche Nießbrauch mit dem Rückfall genau zusammenhing.

5) Hinsichtlich der einbändigen Geschwister galt ziemlich allgemein der Grundsatz, daß sie nur das von dem gemeinschaftlichen Elterntheil herrührende Gut gemeinschaftlich mit den vollbürtigen Geschwistern, das von dem nicht gemeinschaftlichen Elterntheil aber herrührende ausschließlich erbten.

Untergeordnete Besonderheiten übergehen wir. (Die statutarischen Erbrechte finden sich bekanntlich gesammelt in Mohr „achtzehn Erbrechte des eidgenössischen Standes Graubünden“.)

§ 499.

Erbloses Gut.

Die Erbfähigkeit geht so weit als Blutsverwandtschaft nachgewiesen werden kann. In Ermanglung irgend erbfähiger Blutsverwandten oder durch Testament oder Vertrag berufener Erben wird die Verlassenschaft als erbloses Gut behandelt, d. h. sie fällt, wenn der Erblasser kantonsangehörig war, den frommen Stiftungen seines inländischen Heimathortes und, wenn er mehrere Heimathorte hatte, diesen zu gleichen Theilen zu; [1]) war er dagegen kantonsfremd, so fällt der Nachlaß dem Staate anheim. [2]) In ersterem wie in letzterem Falle ist jedoch vorerst ein Erbenaufruf nach Vorschrift des § 482 zu erlassen.

[1]) Die Heimathgemeinde darf demnach auch eine im Ausland gefallene Erbschaft ihres Angehörigen beanspruchen, vorausgesetzt, daß solche Ansprüche in einem fremden Staate zur Geltung gebracht werden können.

Verschiedene Gesetzgebungen räumen für solchen Fall der überlebenden Ehefrau ein Erbrecht ein. (S. Note zu § 500).

[2]) Es kann sich hiebei natürlich nur um einen im Kanton selbst befindlichen Nachlaß eines verstorbenen Kantonsfremden handeln.

Anmerk. Sehr bemerkenswerth ist, daß nach einer Anzahl unserer Statuten die erbfähige Verwandtschaft außerordentlich beschränkt war. Nach den Stat. von Obtasna, Untertasna und Remüs erlosch nämlich das Erbrecht mit dem 4ten Grad incl., nach denjenigen von Oberengadin und Oberhalbstein mit dem 5ten Grad incl. und nach denjenigen von Poschiavo mit dem 6ten Grad, und fiel alsdann, wenn innerhalb jener Grade keine Verwandten sich fanden, als erbloses Gut der Heimathgemeinde bez. ihrer Kirche zu. (Vorbehalten war in Poschiavo noch das eventuelle Erbrecht der Ehefrau (s. Anmerk. zu § 500). Die Erklärung dieser Erscheinung dürfte sich in der Ansicht von Eichhorn (d. St. u. R. G. § 203) finden, daß die vielfach vorkommenden Beschränkungen der erbfähigen Verwandtschaft der Einwirkung der kanon. Eheverbote zuzuschreiben seien, welche ursprünglich bis auf den 7ten Grad sich erstreckten, in der Folge aber auf den 4ten Grad reduzirt wurden. Es habe sich nämlich hiebei die Ansicht ausgebildet, als ob die Eheverbote so weit reichen, als Verwandtschaft anzunehmen sei und umgekehrt. Wenn aber Eichhorn im Weiteren dafür hält, man habe sich dessenungeachtet nirgends entschließen können, die (erbfähige) Verwandtschaft blos bis zum 4ten Grad anzunehmen, so würden die Stat. des Unterengadins ein Beleg des Gegentheils sein, was gerade in jener reformirten Thalschaft um so auffallender ist, als ihre Statuten erst nach der Reformation entstanden. Es beweist dies, beiläufig bemerkt, daß unsere Statuten, weit entfernt, ein neues Recht zu schaffen, sich vielmehr meist darauf beschränkten, das im Volksbewußtsein schon lebende und althergebrachte Recht aufzuzeichnen.

§ 500.

Nießbrauch des überlebenden Ehegatten.

Der überlebende Ehegatte des Erblassers hat für die Dauer seines Wittwer- oder Wittwenstandes, wenn der Verstorbene Leibeserben (Kinder oder Nachkommen solcher) hinterließ, den Nießbrauch an einem Drittel des Nachlasses, wenn er aber keine Leibeserben hinterließ, den Nießbrauch an zwei Dritteln desselben.

Wenn der verstorbene Ehegatte den überlebenden mit einem Vermächtniß bedachte, so steht letzterem die Wahl frei zwischen dem gesetzlichen Nutznießungsrecht und dem Vermächtnisse.[1])

[1]) Es steht obige Bestimmung im Einklang mit unserm früheren Recht (vgl. unser früheres Ges. über „Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten" §§ 18 u. 19). Die meisten Gesetze weisen, wenigstens für den Fall, daß keine Leibeserben vorhanden sind, dem überlebenden Ehegatten einen Theil des Nachlasses des verstorbenen eigenthümlich zu. So räumte schon das röm. R. der undotirten Wittwe alsdann je nach Umständen, $^1/_4$ des Nachlasses oder einen Kopftheil eigenthümlich ein. Ueberdies beerbten einander beide Ehegatten, wenn keine erbberechtigte Blutsverwandte vorhanden waren.

Nach zürcherischem Recht hat der überlebende Mann bei Abgang von Leibeserben die Wahl zwischen dem Eigenthum an $^1/_6$ und dem Nießbrauch an $^1/_2$ der Verlassenschaft und in der Konkurrenz mit entfernteren (nicht der elterlichen Stammlinie angehörenden) Verwandten hat die Frau sogar die Wahl zwischen Eigenthum an $^1/_4$ und dem Nießbrauch an $^2/_3$ der Verlassenschaft (zürch. Ges. §§ 1951 und 1959). Auch werden die Ehegatten speziell hinsichtlich des Hausrathes bedacht. Nach österr. R. erhält der überlebende Ehegatte, wenn Leibeserben des verstorbenen vorhanden sind, nur den Nießbrauch an einer Quote (an einem Kopftheil oder an $^1/_4$), bei Abgang von Leibeserben aber $^1/_4$ des Nachlasses eigenthümlich. Nach dem *Code Nap.* hat der überlebende Ehegatte nur ein Erbrecht bei Abgang jeglicher Blutsverwandten.

So billig es erscheinen mochte, dem überlebenden Ehegatten, wenigstens bei Abgang von Leibeserben und jedenfalls bei Abgang von Blutsverwandten, ein erweitertes und namentlich auch ein eigenthümliches Erbrecht einzuräumen, so zog man es dennoch auch hier vor, an dem bestehenden Recht nicht zu rütteln.

Daß der überlebende Ehegatte auch den Nießbrauch des sämmtlichen Vermögens der minderjährigen Kinder habe, sagt § 63.

Anmerk. Unser Statutarrecht räumte, da es nur die Blutsverwandtschaft als erbberechtigt betrachtete, dem überlebenden Ehegatten keinerlei gesetzliche Erbberechtigung ein. Doch gewährten einige Statuten dem Ueberlebenden einen Nießbrauch. So das Stat. R. von Chur, das dem überlebenden Ehegatten freistellte, entweder sich mit seinem eigenen ehelichen Vermögen (dem Zugebrachten und Antheil am Vorschlag) ausrichten zu lassen oder von dem gesammten ehelichen Vermögen als Gatte $^2/_3$ und als Gattin $^1/_3$ anzusprechen, in welchem letzteren Fall aber ihm an demjenigen, was zu Vervollständigung dieser $^2/_3$ bez. $^1/_3$ aus dem Vermögen des Verstorbenen genommen werden mußte, nur der „lebenslängliche Genuß" zustand. Das nämliche Recht gewährte der Oberbund der Wittwe, nicht aber dem Wittwer. Einen gesetzlichen Nießbrauch am ganzen Vermögen des verstorbenen Ehegatten hatte der überlebende nur in Bivio, einen solchen an der Hälfte des Nachlasses, wenn keine Kinder sind, und an einem Kopftheil, wenn Kinder sind, in Poschiavo. Eine bemerkenswerthe Ausnahme von dem Eingangs erwähnten Grundsatz macht Poschiavo, indem es den überlebenden Ehegatten für den Fall zum Erben berief, daß der Erblasser weder Deszendenten noch Aszendenten noch Seitenverwandte bis zum 4ten Grad incl. hinterlassen hätte. Nach den Bergeller Stat. konnte der überlebende Ehegatte, wenn er dürftig war, einen den Umständen angemessenen Unterhalt aus dem Vermögen des Verstorbenen beanspruchen.

Dagegen hatte der überlebende Ehegatte zufolge einer, ohne Zweifel ziemlich allgemeinen, wenn auch nur in einzelnen Statuten aufgezeichneten Rechtsübung Anspruch auf ein vollständiges Bett aus dem gemeinschaftlichen Vermögen und namentlich auf das Ehebett („ein doppelt gespreiztes und doppelt angezogenes Bett", „ein Bett so hübsch und gut als sie es miteinander gehabt"). So laut Klosterser L. B., Davoser L. B., L. B. der V Dörfer, Stat. von Fürstenau und von Münsterthal. Letztere räumten dieses Recht nur der Wittwe ein. Ferner hatte die Wittwe Anspruch auf Herausgabe der ihr von dem verstorbenen Mann

versprochenen oder, wenn ihr keine versprochenen war, einer obrigkeitlich nach Maßgabe der Umstände und des Nachlasses zu bestimmenden oder statutarisch festgesetzten Morgengabe. S. Oberbunds-St., St. R. von Chur, Stat. von Oberengad. Münsterthal, Obervaz, Klosters, Davos, Poschiavo (letztere nennen sie donatio propter nuptias). Einzelne Stat. enthalten deutliche Spuren der ursprünglichen Bedeutung der Morgengabe, als einer Belohnung, die am Morgen nach der Brautnacht derjenigen Frau, die als Jungfrau befunden worden war, gegeben oder verheißen wurde. So ertheilt das Davoser L. B. ausdrücklich nur derjenigen Wittwe Anspruch auf Morgengabe, die als Jungfrau befunden worden und das Münsterth. St. schließt, offenbar aus dem nämlichen Motiv, diejenige, die schon früher verheirathet gewesen war, von der Morgengabe aus. Einzelne Statuten gaben auch den Erben der vor dem Mann verstorbenen Frau Anspruch auf die Morgengabe, andere schlossen sie davon aus und ließen die Verpflichtung zu Entrichtung der Morgengabe mit dem Tode der Frau erlöschen. Die Morgengabe bestand regelmäßig in einer, wie es scheint durchgängig nicht sehr erheblichen Geldsumme (das Davoser L. B setzt als Maximum 101 Kronen fest). Daß die Morgengabe in der vorstatutarischen Zeit, wenigstens beim Adel, von erheblicher Bedeutung sein und auch in Liegenschaften bestehen konnte, beweist z. B. die von Walther IV. v. Vaz dem Hochstift Chur für den Fall seines kinderlosen Ablebens den 6. Juli 1275 gemachte Schenkung, worin er die in Land und Leuten bestehende Morgengabe seiner Frau (donationem propter nuptias quae vulgo dicitur morgengab) vorbehält. Bis nicht vor langer Zeit bildete bei den höheren Ständen unseres Kantons die Morgengabe einen Gegenstand der Ehepakten.

Dritter Abschnitt.

Letztwillige Verfügungen.

§ 501.

Begriff.

Unter letztwilliger Verfügung ist jeder einseitige Akt (Testament) verstanden, wodurch einer (der Testator) auf den Fall seines Todes einen andern sei es als Erben beruft, sei es mit einem von den Erben demselben auszurichtenden Vermächtnisse (Legate) bedenkt. [1])

[1]) Der Erbvertrag (mit Einschluß der Schenkung auf den Todesfall) ist somit als ein zweiseitiger Akt, zunächst unter den „letztwilligen Verfügungen" nicht inbegriffen. — Auch die Bestimmungen dieses Abschnittes schließen sich möglichst genau an unser früheres Gesetz über „letztwillige Verfügungen" an.

Erstes Kapitel.

Persönliche und formelle Erfordernisse.

§ 502.

Persönliche Erfordernisse.

Zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung ist mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Testators erforderlich: [1])

1. daß derselbe mündig sei (das 17. Jahr erfüllt habe); [2])

2. daß, wenn er zwar mündig, aber noch nicht großjährig ist (das 19. Jahr noch nicht erfüllt hat) der Vormund (der obrigkeitliche oder natürliche) und, wenn er zwar großjährig aber obrigkeitlich bevogtet ist, der Vogt seine Einwilligung dazu ertheile oder solche, wenn der Vormund sie verweigert, doch von der Vormundschaftsbehörde ergänzt werde.[3]) Befindet sich der Vormund (bez. Vogt) zu der in Rede stehenden letztwilligen Verfügung in einem Verhältniß, in welchem er laut § 507 b. als Zeuge verwerflich wäre,[4]) so ist er für den fraglichen Akt durch einen außerordentlichen Vormund zu ersetzen.

   Großjährige Verbeiständete und verehelichte Weibspersonen bedürfen (außer im Falle des § 511) zu testamentarischen Verfügungen nicht der Zustimmung des Beistandes, beziehungsweise Ehegatten;[5])

3. daß der Testator zur Zeit, als er die letztwillige Verfügung traf, sich bei gesunden Geisteskräften befunden habe;[6])
4. daß er weder durch Betrug noch durch Zwang oder Ueberredung zu der letztwilligen Verfügung veranlaßt wurde.[7])

Eine mit Rücksicht auf die persönlichen Erfordernisse gültige letzte Willensverfügung wird dadurch nicht ungültig, daß der Testator in der Folge die Testirfähigkeit verliert;[8]) wie auch umgekehrt eine, mit Rücksicht auf obige Erfordernisse ungültige letzte Willensverfügung dadurch nicht gültig wird, daß der Testator in der Folge die Testirfähigkeit erlangt.[9])

[1]) Diese persönlichen Erfordernisse, welche gewisse Eigenschaften in der Person des Testators voraussetzen, sind aus einander zu halten von den formellen, auf den Testirakt selbst sich beziehenden Erfordernissen, von welchen die §§ 503—508 handeln.

[2]) Unmündige sind unbedingt testirunfähig, so zwar, daß sie selbst nicht mit Zustimmung ihres Vormundes gültig testiren können.

[3]) Somit bedürfen, unter der Voraussetzung, daß sie mündig sind, blos Minderjährige so wie eigentlich Bevogtete der Zustimmung eines Vormundes zur Errichtung von Testamenten. Unter väterlicher Vormundschaft Stehende bedürfen selbstverständlich der Zustimmung des Vaters (als natürlichen Vormundes).

[4]) D. h. wenn er entweder selbst im Testament seines Mündels bedacht ist oder mit einem in demselben Bedachten bis zum 3ten Grad verwandt oder dessen Präsumtiverbe ist.

[5]) Großjährige blos verbeiständete Personen, und zwar sowohl Männer als Weiber, bedürfen demnach zum Testiren der Zustimmung ihres Beistandes eben so wenig als die Ehefrau derjenigen ihres Mannes. Nur mit Rücksicht auf letztwillige Verfügungen zu Gunsten ihres Mannes ist verheiratheten Frauen (zufolge § 511 letztes Lemma) ein außerordentlicher Beistand zu geben.

[6]) Es entspricht dieses Erforderniß dem auf die Verbindlichkeit von Verträgen bezüglichen in § 321 Ziff. 4. Daß der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung sich nicht bei gesunden Geisteskräften befunden habe, ist ein bei Anfechtung von Testamenten häufig geltend gemachter, aber selten genugsam erweisbarer Nichtigkeits-

grund. Den gewichtigsten Beweis für den getrübten oder gebundenen Geisteszustand des Testators werden in der Regel ärztliche Zeugnisse liefern. Unter Umständen kann auch das Testament selbst durch die Verwirrtheit oder Zusammenhanglosigkeit seines Inhaltes von einem solchen krankhaften Geisteszustand Zeugniß geben. Sache des Richters ist es, in jedem vorkommenden Fall zu beurtheilen, ob und in wie weit die freie Willensbestimmung des Testators als erheblich gehemmt oder gar aufgehoben anzusehen sei oder nicht.

[7]) Vgl. § 321 Ziff. 3 und Note 4. Bei Testamenten wird indeß noch in höherem Grade als bei Verträgen die Freiheit des Testators von jeder äußeren Einwirkung, namentlich von Seite der dabei Betheiligten, verlangt, daher auch die blose Ueberredung oder zudringliches Anliegen („Ueberdrang", wie es in unserm früheren Gesetz hieß), wenn sie erwiesen sind, die Aufhebung des Testamentes rechtfertigen. Der Entwurf hatte auch (analog dem § 321 Ziff. 5) den wesentlichen Irrthum als Richtigkeitsgrund aufgenommen (wie denn namentlich ein Irthum in der Person des im Testament Bedachten leicht gedenkbar ist). Die zweite Kommission strich aber diesen Beisatz, von der Ansicht ausgehend, daß für solchen Fall durch § 512, ersten Absatz, genügend vorgesehen sei.

[8]) Wenn also A zur Zeit, als er handlungsfähig war, ein Testament errichtete, so wird letzteres dadurch nicht ungültig, daß A in der Folge bevogtet wird. Vgl. österr. Ges. §§ 575 und 576.

[9]) Hätte also A in erweisbar geisteskrankem Zustand ein Testament errichtet, so würde dieses dadurch nicht gültig, daß der Testator in der Folge wieder geistig gesund würde, vielmehr könnte der Inhalt jenes Testamentes nur durch einen neuen, in gesundem Geisteszustand vollzogenen Testirakt Gültigkeit erlangen.

§ 503.

Testamentsformen.

Letztwillige Verfügungen können gerichtlich oder außergerichtlich, schriftlich oder mündlich getroffen werden, müssen jedoch, wenn sie gültig sein sollen, in der einen oder andern Form den bezüglichen Vorschriften der nachfolgenden §§ 504—506 entsprechen. [1])

[1]) Da wo das Notariatsinstitut besteht, bildet die Abfassung und Aufbewahrung von Testamenten eine Hauptaufgabe der Notare. Die von unserm Gesetz geforderten bez. zugelassenen Formen entsprechen im Wesen den gemeinrechtlichen, genauer denjenigen des österr. Ges. § 577 ff.

§ 504.

Außergerichtliche schriftliche Testamente.

Zur Gültigkeit eines außergerichtlichen schriftlichen Testamentes ist erforderlich, daß entweder der Testator dasselbe eigenhändig schreibe und unterschreibe; oder daß er die nach seinem Willen von einem Andern verschriebene Verfügung mit seiner (des Testators) Unterschrift oder mit seinem Handzeichen bekräftige und das Testament überdies auf dem nämlichen Blatte mit der Namensunterschrift dreier vollgültiger Zeugen (§ 507) in der Weise versehen werde, [1]) daß jeder derselben bescheinige: [2]) es sei das Testament in seiner Gegenwart dem Testator oder von letzterem selbst vernehmlich vorgelesen, [3]) von dem Testator verstanden und als sein letzter Wille erklärt worden. [4])

Hat der Testator einen Vormund, dessen Zustimmung (laut § 502) zum Testamente erforderlich ist, so hat auch dieser sich in demselben mit zu unterzeichnen.[5])

[1]) Unser früheres Gesetz über letztwillige Verfügungen begnügte sich auch nur mit den „Handzeichen" dreier vollgültiger Zeugen. Es liegt aber in solchen „Handzeichen", die bekanntlich fast ohne Ausnahme in einem einfachen Kreuz bestehen, allzuwenig Gewähr, besonders wenn nicht einmal die Beglaubigung dieser Handzeichen verlangt wird. Das zürch. Ges. (§ 3060) schließt ausdrücklich Personen, welche nicht schreiben können, von der Kundschaftsfähigkeit aus. Das röm. R. verlangte bekanntlich sieben Testamentszeugen und einen achten, wenn der Testator nicht schreiben konnte.

[2]) Es wird demnach nicht (wie es das röm. R. thut) verlangt, daß die Zeugen gleichzeitig funktioniren, obwohl dies an sich rathsam ist. Das österr. Gesetz verlangt die gleichzeitige Anwesenheit wenigstens zweier Zeugen.

[3]) Wenn der Testator gehörlos wäre, so hätte es keinen Zweck, ihm das Testament vorzulesen und könnte somit diese Testamentsform auch gar nicht in Anwendung kommen, daher für solchen Fall auch das blose Vorlesen durch den Testator gestattet werden muß. Ist der Testator freilich gehörlos und dabei auch des Lesens unkundig, so muß er die gerichtliche Form wählen. Nach röm. Recht brauchten die Zeugen den Inhalt des Testamentes gar nicht zu kennen, daher das Vorlesen weder durch Zeugen noch durch den Testator nöthig war.

[4]) Z. B.: „Ich N N (Name des Zeugen) bezeuge anmit, daß obiges Testament in meiner Gegenwart dem Herrn A A (Name des Testators) vernehmlich vorgelesen, von ihm verstanden und als sein letzter Wille erklärt wurde."

[5]) Von unserm früheren Gesetze wurde dies nicht gefordert; es ist dies aber offenbar zweckmäßig, da sonst über die Zustimmung des Vormundes sich leicht Zweifel erheben könnten. — Das luzerner Ges. fordert die Mitunterzeichnung des Vormundes, ungeachtet dessen Zustimmung gar nicht erforderlich war, er vielmehr nur die Aufgabe hatte, den Testator gegen „Irrthum, Betrug, Zwang und Zudringlichkeiten" zu schützen.

Anmerk. Ueber die sehr streitige Frage: ob und inwiefern ein verloren gegangenes Testament durch die Depositionen der Testamentszeugen ersetzt werden könne, spricht sich das Gesetz nicht näher aus. Im Allgemeinen ist unzweifelhaft, daß das Gesetz (außer im Fall des mündlichen Testaments — § 505) für Testamente nur den Urkundenbeweis zulassen will und daß die Testamentszeugen lediglich über die Aechtheit und nicht über den Inhalt des Testamentes zu deponiren berufen sind (daher die Zeugen nach röm. R. den Inhalt des Testamentes nicht einmal zu kennen brauchten). Eine Ausnahme hievon kann höchstens dann gemacht werden, wenn von dem auf das Testament sich Berufenden vorangehend bewiesen wird, daß die Testamentsurkunde nicht mit Wissen und Willen des Testators untergegangen sei, beziehungsweise daß sie bis zum Tode des Testators existirt habe. Ueberdies müßte jedenfalls vorausgesetzt werden: 1) daß der auf das Testament sich Berufende nicht etwa selbst den Untergang der Urkunde verschuldet habe und 2) daß die Zeugen in dem in Frage stehenden Punkt eben so genau als übereinstimmend deponiren; wobei freilich die weitere Frage entstünde, ob zur Ersetzung der Testamentsurkunde alle drei Testamentszeugen erforderlich sind oder ob, wie zu anderartigen Beweisen, zwei genügen. Analog mit dem § 505 wäre wohl, jedoch nur im Fall nicht mehr alle drei am Leben wären, sofern der Zeugenbeweis überhaupt zugelassen würde, letzteres anzunehmen.

§ 505.

Außergerichtliche mündliche Testamente.

Wenn wegen dringender Lebensgefahr [1]) eine letztwillige Verfügung nicht mehr wohl schriftlich abgefaßt werden kann, so ist aus-

nahmsweise auch deren mündliche Anordnung zuläßig, unter der Voraussetzung, daß der Testator wenigstens vor drei gleichzeitig anwesenden vollgültigen Zeugen [2]) (§ 507) seinen letzten Willen eröffne. Doch ist zu einem rechtsbeständigen Beweise einer solchen letztwilligen Verfügung erforderlich, daß bei Eröffnung derselben wenigstens zwei der Zeugen noch am Leben seien und ihren Inhalt übereinstimmend bezeugen. [3])

Die mündliche letztwillige Verfügung verliert als solche ihre Gültigkeit sobald der Testator später in den Stand gesetzt wird, dieselbe schriftlich treffen zu können. [4])

[1]) Z. B. eines auf dem Schlachtfeld schwer verwundeten Soldaten oder eines sonst schwer Erkrankten, der sein baldiges Ende erwartet. Ob die schriftliche Abfassung noch gut möglich wäre oder nicht, hängt übrigens oft auch von äußern Umständen ab. Es wird dieselbe z. B. in einer Stadt sich jedenfalls weit rascher und leichter bewerkstelligen lassen, als in einem abgelegenen Hof, wo sich vielleicht nicht einmal des Schreibens kundige Personen finden.

[2]) Darin, daß hier die gleichzeitige Anwesenheit sämmtlicher Zeugen gefordert wird, weicht die Form des mündlichen Testamentes von derjenigen des schriftlichen ab (s. Note 2 zu § 504).

[3]) Es ist zu diesem Zweck den Zeugen sehr anzurathen, daß sie unmittelbar nach dem Akt die letztwillige Verfügung möglichst genau aufzeichnen. Das österr. Ges. empfiehlt ihnen dieses ausdrücklich.

[4]) Eben weil das Gesetz zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung grundsätzlich die Schriftlichkeit fordert, wird die Mündlichkeit dieses Aktes nur in so weit und so lange zugelassen, als sie durch den Nothstand gerechtfertigt ist. Wenn daher Derjenige, welcher angesichts des Todes mündlich testirte, bald darauf und ohne sich erholt zu haben, wirklich stirbt, so behält das mündliche Testament seine Kraft. Sollte er aber so weit wieder genesen, daß er eine schriftliche Verfügung treffen kann, so greift die grundsätzliche Forderung des Gesetzes wieder Platz und muß daher der Testator, da sein mündliches Testament alsdann wirkungslos wird, sich zu Beobachtung der schriftlichen Testamentsform bequemen. Das österr. Ges. spricht sich hierüber nur mit Rücksicht auf die während einer Seuche und auf dem Meer abgefaßten Testamente, und zwar in dem Sinne aus, daß dieselben 6 Monate nach überstandener Seefahrt oder Seuche ihre Kraft verlieren. Das zürch. Ges. § 2067 erklärt diese mündlichen Testamente nur dann für gültig, „wenn der Testator innert 4 Tagen nach dessen Errichtung gestorben oder von da bis zu seinem Tode nicht wohl im Stande gewesen ist, ein ordentliches Testament zu errichten.“ Besser dürfte aber das Nähere dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben.

§ 506.

Gerichtliche Testamente. [1])

Eine letztwillige Verfügung kann gerichtlich durch Einreichung einer Urkunde unter folgenden Voraussetzungen getroffen werden, daß

a. der Testator das Testament, mit seiner Unterschrift oder seinem Handzeichen versehen, offen oder versiegelt, einem Kreisamte des Kantons [2]) mit der Erklärung vorweise: es enthalte dasselbe seinen letzten Willen;

b. auf der Außenseite der Urkunde dieser Vorgang amtlich be-

scheinigt,[3]) die Urkunde selbst mit dem Gerichtssiegel verschlossen werde, und

c. dieses Gerichtssiegel bei der endlichen Eröffnung des Testamentes als unversehrt erkannt werde.

Durch jene Bescheinigung und Siegelung wird jedoch einzig die Aechtheit des Aktenstückes beglaubigt und keineswegs die Verfügung selbst bekräftigt.

[1]) Diese Testamentsform wird auch als öffentliche, im Gegensatz zu den Privattestamenten bezeichnet.

[2]) Es kommt also nicht darauf an, ob es das Kreisamt des Heimath-, Wohn- oder Aufenthaltsortes sei. Auch ist nicht erforderlich, daß der Testator sich selbst zum Kreisamt begebe, sondern ist es vollkommen zuläßig, daß das Amt sich zum Testator begebe.

[3]) Z. B.: „Am heutigen Tage (Datum) erschien N N (Name des Testators) von X (Heimathort) vor dem unterfertigten Amt und übergab demselben diese Urkunde mit der Erklärung: dieselbe enthalte seinen letzten Willen.“ Für das Kreisamt der Kreispräsident (Kreisgerichtsschreiber) A A (Name des oder der Beamteten). Wenn thunlich, dürfte es rathsam sein, daß Präsident und Aktuar sich unterzeichnen.

Anmerk. 1. Der Entwurf hatte die Zulassung einer zweiten Art gerichtlicher Testamente vorgeschlagen, und zwar folgendermaßen:

a) daß der Testator seine letztwillige Verfügung durch den Kreispräsidenten (oder dessen Stellvertreter) und dessen Gerichtsschreiber (welche beide übrigens die Eigenschaften gültiger Testamentszeugen haben müssen) zu Protokoll nehmen lasse und letzteres unterschreibe oder mit seinem Handzeichen versehe;

b) daß der Präsident und der Gerichtsschreiber das Protokoll mit der Bescheinigung unterzeichnen, daß es dem Testator sei vorgelesen und von ihm bestätigt worden; und

c) daß dasselbe sowohl inwendig als auf dem Umschlag mit dem Gerichtssiegel versehen werde.

Diese beantragte Testamentsform (mündliche Erklärung zu Protokoll) findet ihre Analogie sowohl im gemeinen Recht (s. Thibaut § 831 u. Keller § 479) als in den meisten Partikulargesetzgebungen und selbst in der österreichischen (§ 588), die ja unserm früheren Gesetz über letztwillige Verfügungen zunächst als Vorbild diente, und scheint auch mehr Gewähr zu bieten als die blose Ueberreichung einer Skriptur, wobei eher Unterschiebungen und Verwechslungen gedenkbar sind. Bei dieser Funktion würde alsdann das Kreisamt (das sich zu diesem Zweck auch in die Wohnung des Testators hätte verfügen können) gleichsam die Stelle der anderswo gebräuchlichen Notare versehen haben, was an sich um so weniger unstatthaft sein dürfte, als unsere Kreisämter ja ohnehin als Inhaber der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit anzusehen sind. Die zweite Kommission zog es jedoch der Einfachheit wegen vor, bei den Testamentsformen unseres früheren Gesetzes stehen zu bleiben.

Anmerk. 2. Ueber die von unserm bündnerischen Statutarrecht zur Errichtung von Testamenten geforderten Förmlichkeiten s. Anmerk. zu § 509.

§ 507.

Zeugschaftsfähigkeit.

Unfähig bei einer letztwilligen Verfügung als Zeugen zu dienen, sind:[1])

a. Personen, welche das zur richtigen Wahrnehmung der zu bezeugenden Thatsachen erforderliche Geistes- oder Sinnesvermögen nicht besitzen;[2])

b. solche, die zu einer entehrenden Strafe [3]) oder zum Verluste des Aktivbürgerrechtes verurtheilt worden sind oder die zur Zeit in Kriminaluntersuchung [4]) stehen;
c. Falliten; [5])
d. Bevogtete; [6])
e. Unmündige. [7])

Bei mündlichen Testamenten sind überdies als Zeugen unfähig:

f. Personen, welche wegen geistiger oder sinnlicher Gebrechen zur Zeit der Testamentseröffnung gar nicht im Stande sind, das früher Wahrgenommene richtig und verständlich mitzutheilen. [8])

Ein Testament wird deßhalb nicht ungültig, weil ein bei seiner Errichtung zugezogener Zeuge später seine Zeugschaftsfähigkeit verliert. [9])

Verwerfliche Zeugen sind:

a. diejenigen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung zu dem Testator oder einem von ihm Bedachten in Dienstverhältnissen stehen; [10])
b. diejenigen, welche in dem Testamente bedacht werden, sowie diejenigen, welche mit Bedachten bis zum dritten Grade inklusive verwandt oder deren Präsumtiverben sind, jedoch nur hinsichtlich Desjenigen, womit sie oder ihre erwähnten Verwandten bedacht wurden. [11])

Ebenso kann der Vormund des Testators, sofern dessen Zustimmung zur letztwilligen Verfügung nothwendig ist (§ 502), bei letzterer nicht als gültiger Zeuge dienen. [12])

Der Verschreiber einer letztwilligen Verfügung verliert als solcher die Fähigkeit nicht, sie zugleich als Zeuge zu unterzeichnen. [13])

[1]) Das Gesetz unterscheidet hier, wie der Zivilprozeß (§ 170 und 171), zwischen unfähigen und verwerflichen Zeugen, d. h. zwischen solchen, die unter allen Umständen und solchen, die unter gewissen Voraussetzungen nicht als Kundschaft dienen können.

[2]) Z. B. Blödsinnige, Gehörlose, Blinde.

[3]) Es ist dies nach unserm Strafgesetz (§ 617) einzig die Kettenstrafe, indem anderartige Strafen nicht als von selbst Entehrung mit sich führend angesehen werden.

[4]) Also nicht blos in Polizei-Untersuchung.

[5]) Versteht sich: so lange sie nicht rehabilitirt sind.

[6]) Also nicht blos Verbeiständete.

[7]) D. h. solche, die das 17te Altersjahr nicht erfüllt haben.

[8]) Wenn z. B. ein zu einem mündlichen Testament berufener Zeuge zwar erst nach dem Testirakt, aber vor der Testamentseröffnung blödsinnig wird, so verliert er seine Kundschaftsfähigkeit.

[9]) Das Testament wird also dadurch nicht ungültig, daß die Zeugen nachträglich z. B. in Konkurs gerathen oder bevogtet werden. Eine Einschränkung erhält aber diese Regel offenbar mit Rücksicht auf mündliche Testamente durch die vorausgehende lit. f in so weit, als das mündliche Testament dahin fallen muß,

wenn nicht wenigstens zwei der berufenen Zeugen noch das „zur richtigen und verständlichen Mittheilung des Wahrgenommenen" erforderliche Vermögen besitzen (vgl. § 505).

[10]) Z. B. ein Knecht oder eine Magd des Testators oder Dessen, dem ein Legat zugedacht ist.

[11]) Wenn z. B. der Testator A zu seinem Testament, in welchem er dem B Fr. 2000, dem C Fr. 1000 und dem D Fr. 4000 vermacht, einen Sohn des C als Zeugen beizieht, so wird die Kundschaft dieses Zeugen lediglich mit Bezug auf das dem C zugedachte Vermächtniß, nicht aber mit Bezug auf die übrigen Legate ungültig. Vgl österr. Ges. § 594.

[12]) Der blose Beistand einer großjährigen Manns- oder Weibsperson sowie der Ehemann (soweit dieser nicht etwa selbst im Testament bedacht werden soll) können demnach, da ihre Zustimmung zur letztwilligen Verfügung nicht erforderlich ist, gültig als Zeugen dienen.

[13]) Wenn also von den drei Zeugen A, B und C der A das Testament verschreibt, so kann er dennoch gültig das Testament mitunterzeichnen.

Anmerk. Die Frauenspersonen sind demnach nicht, wie nach röm. Recht und wie im ursprünglichen Entwurf beantragt war, von der Fähigkeit, als Testamentszeugen zu dienen, ausgeschlossen.

§ 508.

Widerruf eines Testamentes.

Jede letztwillige Verfügung kann von dem Testator vernichtet, widerrufen (entkräftet) oder abgeändert werden, und zwar in jeder von diesem Gesetze zu einer letztwilligen Verfügung vorgeschriebenen und zugelassenen Form, wenn sie auch nicht diejenige ist, in welcher das betreffende Testament errichtet wurde. [1])

Von nicht widerrufenen Testamenten verschiedenen Datums geht, so weit sie sich widersprechen, je das neuere dem älteren vor. [2])

[1]) Es steht demnach einem Testator, der das von ihm errichtete schriftliche Testament widerrufen will, frei: entweder dasselbe einfach zu vernichten (zu verbrennen, zu zerreißen u. s. w.) und, wenn es ein gerichtliches Testament sein sollte, zu diesem Zwecke dasselbe vom Amt zurückzufordern, oder in irgend einer der für die Testamentserrichtung vorgeschriebenen Formen das Testament zu entkräften. Demnach kann z. B. ein gerichtliches Testament auch nur durch einen außergerichtlichen, von dem Testator eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Widerruf entkräftet werden. — Deßgleichen kann der Testator, wenn er ein errichtetes Testament abändern will, entweder dasselbe vernichten und ein neues errichten oder jenes zwar bestehen lassen, aber in einer spätern testamentarischen Urkunde die beabsichtigten abändernden Verfügungen treffen, und zwar steht es ihm frei, das zweite (abändernde) Testament in der nämlichen Form wie das erste oder in einer andern gesetzlich zugelassenen abzufassen.

Es könnte demnach selbst ein gerichtliches Testament durch ein mündliches gültig abgeändert werden, immerhin unter den Einschränkungen, welchen die Gültigkeit des mündlichen Testaments unterliegt.

[2]) Durch das jüngere Testament wird demnach das ältere nur so weit aufgehoben, als jenes diesem widerspricht; so weit aber ein solcher Widerspruch nicht vorliegt, können sie beide neben einander bestehen. Wenn z. B. A am 1. Mai dem B Fr. 5000, dem C Fr. 3000 und dem D Fr. 1500 vermacht, sodann am 1. Sept. desselben Jahres ein neues Testament errichtet, in welchem er das dem C zugedachte

Vermächtniß um Fr. 1000 erhöht, so bleiben hiedurch die früheren Vermächtnisse zu Gunsten von B und D unberührt.

Zweites Kapitel.

Inhalt der Testamente.

---

§ 509.

Von dem Pflichttheil der Notherben.

Es dürfen durch letztwillige Verfügungen die Pflichttheile der Notherben nicht angegriffen werden, d. h. es kann ein Erblasser von dem, bei seinem Absterben vorhandenen reinen Vermögen, sei es eigenthümlich, sei es nießbräuchlich, als Vermächtniß oder als Erbantheil, einer (physischen oder juristischen) Person gültig nur zuwenden:

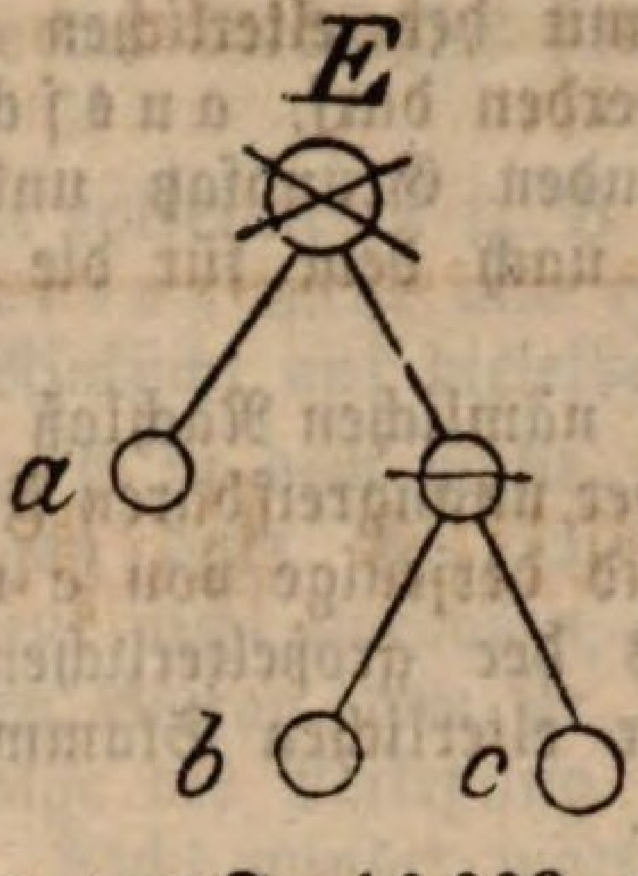
1. wenn er Leibeserben hinterläßt, einen Zehntheil des ererbten und einen Drittheil des vorgeschlagenen Vermögens; [1])
2. wenn er zwar keine Leibeserben, wohl aber erbberechtigte Verwandte aus der elterlichen Stammlinie hat, einen Fünftheil des Ererbten und die Hälfte des Vorschlags; [2])
3. wenn er zwar keine erbberechtigte Verwandte aus der elterlichen, wohl aber solche aus einer großelterlichen oder urgroßelterlichen Stammlinie hat, einen Drittheil des Ererbten und den ganzen Vorschlag. [3])

Hinterläßt dagegen der Erblasser nur noch entferntere Verwandte, so kann er gültig über das gesammte ererbte sowohl als vorgeschlagene Vermögen letztwillig verfügen. [4])

Wenn Einer letztwillig über mehr verfügt, als worüber er nach obigen Bestimmungen verfügen darf, so wird sein Testament um dessetwillen nicht ungültig, wohl aber ist die letztwillige Verfügung auf das gesetzliche Maß zurückzuführen [5]) und zwar ist, wenn mehrere Personen bedacht wurden, der ungültige Betrag einer jeden derselben nach Verhältniß des ihr (als Vermächtniß oder Erbantheil) Zugedachten in Abzug zu bringen. [6])

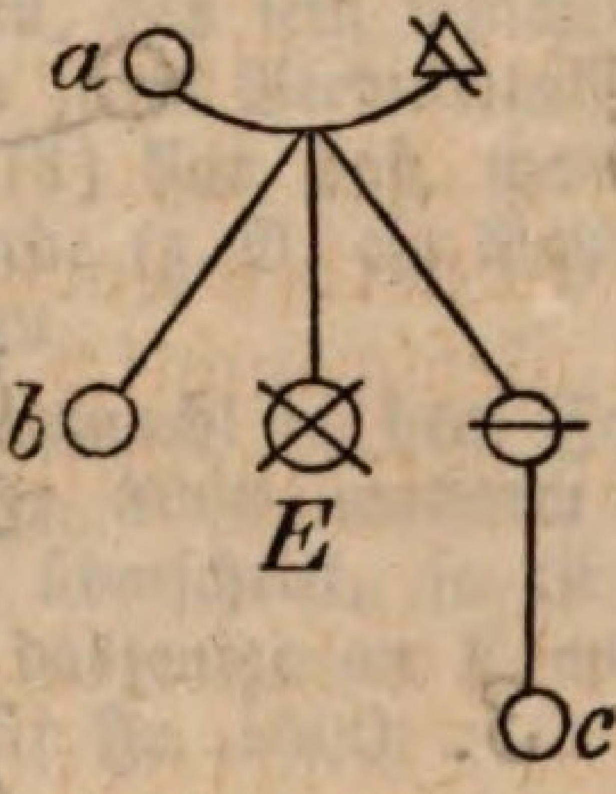
Wenn der Testator nicht so viel hinterläßt als er ererbte, so ist die Quote, worüber er gültig verfügen kann, nach dem Betrag seines Nachlasses zu berechnen. [7])

[1]) Man setze:



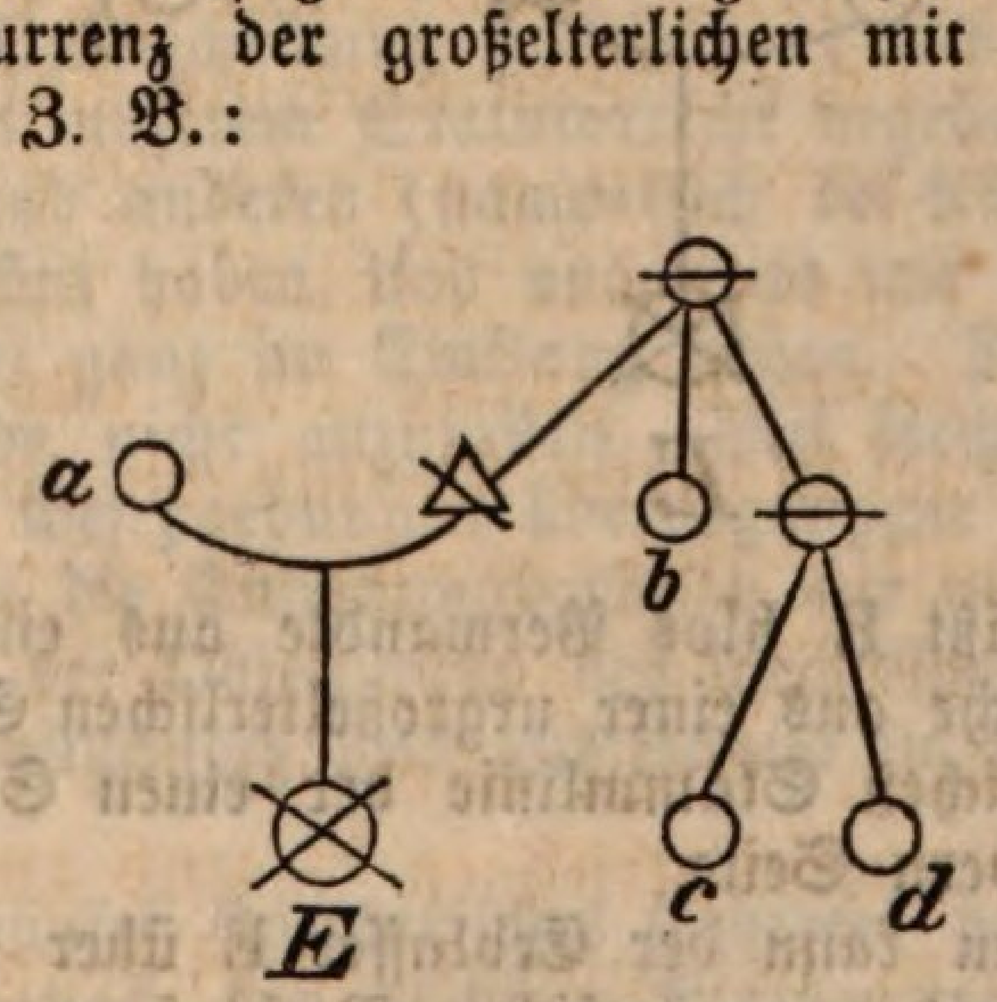
Wenn z. B. E ein Vermögen von Fr. 16,000, wovon Fr. 10,000 Ererbtes und Fr. 6000 Vorschlag sind, hinterläßt, so darf er im Ganzen über Fr. 3000 (d. h. über Fr. 1000 als $^1/_{10}$ des Erbes und Fr. 2000 als $^1/_3$ des Vorschlags) letztwillig verfügen, wie etwa zu Gunsten seines Enkels b oder seines Freundes A oder seiner Heimathgemeinde. In solchem Fall besteht somit der Pflichttheil des Sohnes a in Fr. 6500 (als der Hälfte der nicht angreifbaren Fr. 13,000), und derjenige eines jeden Enkels b und c (die mit einander die andere Hälfte erben) in Fr. 3250.

[2]) Man setze:



In diesem Fall würde E, der obiges Vermögen von Fr. 16000 hinterläßt, im Ganzen über Fr. 5000 (d. h. über Fr. 2000 als $^1/_5$ des Erbes und Fr. 3000 als $^1/_2$ des Vor schlages) letztwillig verfügen können. Demnach bestünde der Pflichttheil des Vaters a in Fr. 5500 (als der Hälfte der unangreifbar bleibenden Fr. 11,000) und derjenige des Bruders b und des Neffen c (die miteinander auf die andere Hälfte Anspruch haben — s. § 494 b) in Fr. 2750 für jeden.

Der durch letzten Willen verfügbare Vermögenstheil würde sich gleich bleiben, wenn der Fall einer Konkurrenz der großelterlichen mit der elterlichen Stammlinie (zufolge § 495) einträte. Z. B.:

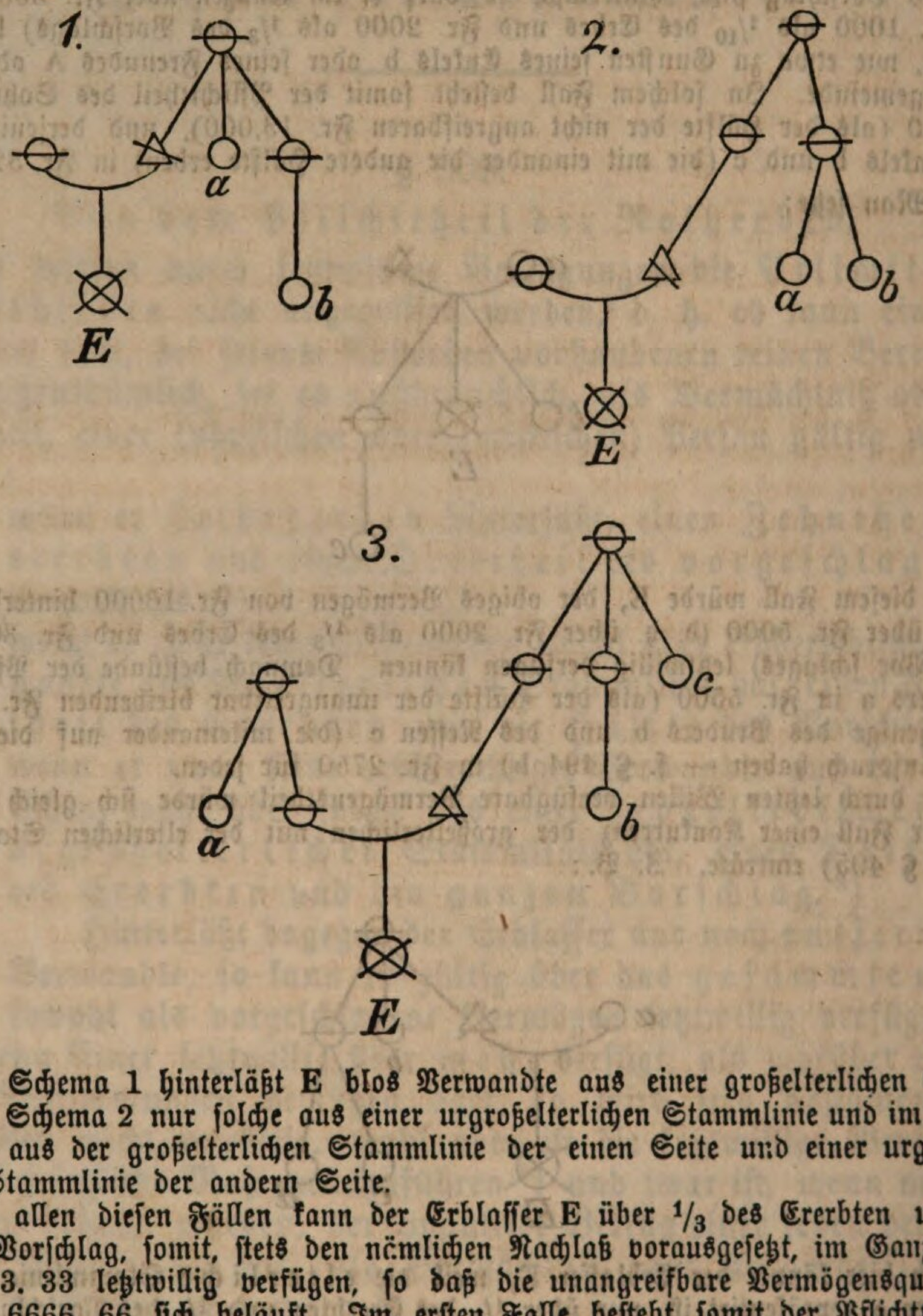


Auch hier könnte der Erblasser E, weil die elterliche Stammlinie noch in dem Vater a repräsentirt ist, nur über $^1/_5$ des Ererbten und $^1/_2$ des Vorschlags letztwillig verfügen, ungeachtet die Hälfte seines Nachlasses Verwandten aus der großelterlichen Stammlinie, nämlich dem Oheim b und den Oheimssöhnen c und d zufiele, gegenüber welchen, wenn der Vater a nicht lebte, die Bestimmung der Ziff. 3 dieses Artikels in Anwendung käme. Daraus ergibt sich, daß in Fällen, in welchen

eine großelterliche Stammlinie mit der elterlichen konkurrirt, die Vermögensquote, über welche letztwillig verfügt werden darf, ausschließlich nach dem für die elterliche Stammlinie geltenden Grundsatz und nicht etwa theils nach dem für die elterliche und theils nach dem für die großelterliche Stammlinie aufgestellten Maßstab zu bemessen ist

Demnach betrüge (stets den nämlichen Nachlaß vorausgesetzt) der Pflichttheil des Vaters a Fr. 5500 (die Hälfte der unangreifbaren Fr. 11,000), derjenige des Oheims b Fr. 2750, derjenige von b und derjenige von c und d je Fr. 1375; in a. W. der Pflichttheil der Verwandten aus der großelterlichen Stammlinie ist in Fällen, in welchen sie mit solchen aus der elterlichen Stammlinie konkurriren, eben so groß als der Pflichttheil der letzteren.

[3]) Z. B.:



In Schema 1 hinterläßt E blos Verwandte aus einer großelterlichen Stammlinie, in Schema 2 nur solche aus einer urgroßelterlichen Stammlinie und im Schema 3 solche aus der großelterlichen Stammlinie der einen Seite und einer urgroßelterlichen Stammlinie der andern Seite.

In allen diesen Fällen kann der Erblasser E über $^1/_3$ des Ererbten und den ganzen Vorschlag, somit, stets den nämlichen Nachlaß vorausgesetzt, im Ganzen über Fr. 9333. 33 letztwillig verfügen, so daß die unangreifbare Vermögensquote blos auf Fr. 6666. 66 sich beläuft. Im ersten Falle besteht somit der Pflichttheil des Oheims a und des Geschwisterkindvetters b in je Fr. 3333. 33; im zweiten Falle besteht der Pflichttheil der beiden Großoheime a und b in dem nämlichen Betrag, im dritten Fall endlich beträgt der Pflichttheil des väterlichen Großvaters a (auf

welchen zufolge § 496 die Hälfte des Nachlasses fällt) Fr, 3333. 33, und derjenige von c und b je Fr. 1666. 66.

[4]) Die Verwandten aus einer entfernteren (z. B. der urgroßelterlichen) Stammlinie sind demnach keine Notherben mehr und es kann somit der Erblasser über sein ganzes Vermögen ohne Rücksicht auf dieselben verfügen.

[5]) Z. B. wenn der Erblasser E in dem Falle von Note 1, in welchem er nur über Fr. 3000 letztwillig verfügen darf, Fr. 5500 dem X vermachen würde, so könnten die Erben dieses Testament nicht umstoßen, wohl aber die Beschränkung des Vermächtnisses auf den gesetzlichen Betrag von Fr. 3000 verlangen (das röm R. freilich ließ in der Regel als Folge der Verletzung des Pflichttheils die Nichtigkeit des Testaments eintreten). Nicht minder wäre ein Testament als gültig anzusehen, worin Jemandem einfach „so viel als das Gesetz es gestattet" vermacht würde. Alsdann würde sich der Betrag des Vermächtnisses nach Berechnung des Pflichttheils von selbst ergeben.

Es versteht sich, daß von den Notherben, deren Pflichttheil verletzt ist, jeder, freilich nur auf Ergänzung seines Pflichttheils, ein selbständiges Klagrecht hat. Wenn z. B. im Falle von Note 1 der Erblasser E Fr. 6000 dem X testirte (während er nur über Fr. 3000 letztwillig verfügen darf), so könnte, wenn auch die Enkel b und c das Testament gelten lassen wollten, der Sohn a allein es anfechten, jedoch nur in dem Sinn, daß sein Pflichttheil auf Fr. 6500 ergänzt werde, was eine entsprechende Reduktion jenes Vermächtnisses auf Fr. 4500 zur Folge hätte.

Ebenso ist es (zufolge § 473) klar, daß, wenn dem Testator erst nach Errichtung des Testamentes ein Notherbe (z. B. ein Sohn) geboren wird, dieser immerhin seinen Pflichttheil ansprechen kann.

[6]) Z. B. der Erblasser E vermacht in dem Fall von Note 1 dem F Fr. 2000, dem G Fr. 1000 und dem H Fr. 3000, wodurch er die Quote, über welche er verfügen konnte, um das Doppelte überschritt, so ist jedes jener Vermächtnisse um die Hälfte zu reduziren, somit dasjenige an F auf Fr. 1000, dasjenige an G auf Fr. 500 und dasjenige an H auf Fr. 1500.

[7]) Wenn z. B. E, welcher Fr. 20,000 erbte, nur Fr. 10,000 hinterläßt, so kann er nur über Fr. 2000 (als $1/5$ des Nachlasses) und nicht etwa über Fr. 4000 (als $1/5$ des ursprünglich Ererbten) letztwillig verfügen.

Anmerk. 1. Die Testirfreiheit ist in obigen Bestimmungen nach den Grundsätzen unseres früheren Gesetzes über letztwillige Verfügungen geregelt. Sie ist jedenfalls viel beschränkter, als nach den meisten andern Gesetzgebungen (wie namentlich auch nach römischem, österreichischem und französischem Recht). Auch dürfte die Unterscheidung zwischen ererbtem und vorgeschlagenem Gut, obwohl in unserem Statutarrecht begründet, hinsichtlich der Ausscheidung des einen und anderen (namentlich bei Abgang von Inventarien) mitunter praktische Schwierigkeit haben und anderseits mit der Beseitigung des Rückfalls des Ererbten nicht ganz im Einklang stehen. Dessenungeachtet zog man es vor, das einmal Bestehende nicht anzutasten. Mit Recht hat dagegen unser Gesetz die, auch in die neueren Gesetzgebungen übergegangene römische Enterbungstheorie beseitigt, indem die Enterbungsgründe nur aus dem subjektiv moralischen Gebiet herzuholen, daher der Objektivität des Rechtslebens im Grunde fremd sind, auch niemals irgendwie vollständig und ausreichend in Rechtsregeln gebracht werden können.

Anmerk. 2. Da unser statutarisches Erbrecht vorzugsweise auf deutschrechtlicher Grundlage ruht, wonach den nächsten Blutsverwandten, beziehungsweise den Präsumtiverben, vermöge ihres ideellen Miteigenthums, eine selbständige rechtliche Anwartschaft an den Nachlaß, zumal an das Ererbte, zustand; so kann es nicht auffallen, daß zufolge unserer Statuten die Testirfreiheit ziemlich beschränkt, ja grundsätzlich gar nicht zuläßig war und, so weit sie überhaupt eingeräumt wurde, nur als ein ausnahmsweises Zugeständniß erschien, während umgekehrt im röm. Recht die Testirfreiheit grundsätzlich unbeschränkt und sein Notherbrecht nur

ein dürftiges Zugeständniß an die engste Familienbande war (vgl. Note 5 zu § 473). Am prägnantesten sprechen jene deutschrechtliche Ansicht aus die Stat. von Obervaz, V Dörfer, Klosters, welche Vermächtnisse überhaupt nur unter der Bedingung gestatteten, daß die „nächsten Freunde" oder „die rechtmäßigen Erben" ihre Zustimmung dazu ertheilten, wobei V Dörfer dem Landrath vorbehalten, die Zustimmung der Erben „aus billicher Ursach" zu ergänzen. Sehr kategorisch verboten sodann Vermächtnisse jeder Art die Stat. von Obtasna („Hiertas non dessan gnir straviadas ne fattas ingünas laschadas suot ingün pretext chia manzunar s'pudess") und Münsterthal. Ausnahmen von dieser Regel wurden in verschiedenen Variationen und Beschränkungen vorzugsweise gestattet: 1) zu Gunsten von Kirchen und frommen Stiftungen (Oberengadin, Obtasna, Untertasna, Remüs, Münsterthal, V Dörfer), 2) den Eltern zu Gunsten einzelner Kinder (namentlich solcher, die der Haushaltung besonders nützten oder der Erziehung bedurften), wohl auch dem Vater zu Gunsten des unehelichen Kindes (Oberengadin, Oberhalbstein, Untertasna, Remüs, Bergell) und 3) den Ehegatten zu einander (s. Anmerk. zu § 511). Grundsätzlich hatten einzig der Oberbund und die Stadt Chur, Zehngerichte, Poschiavo und das ehemalige Hochgericht Misox die Testirfreiheit geregelt. Oberbund gewährte, wenn der Testator Nachkommen hatte, ein letztwilliges Verfügungsrecht bis auf $^1/_{10}$ des Ererbten und auf $^1/_3$ des Vorschlags; wenn der Testator keine Nachkommen hatte, durfte er zwar auch nur $^1/_{10}$ des Ererbten, aber den ganzen Vorschlag testiren. Chur gestattete, wenn der Erblasser Leibeserben hatte, $^1/_{10}$ des ganzen Vermögens (ohne Unterschied zwischen Erbe und Errungenschaft), wenn er keine Leibeserben hatte, überdies noch $^1/_5$ des Ererbten und (jedoch nur zu Gunsten des Stadtärars oder frommer Stiftungen) $^1/_2$ des Vorschlags zu vermachen. Die Zehngerichte erlaubten, bei Abgang von Leibeserben $^1/_3$ des Vorschlags zu vermachen. Unser jetziges Recht ist augenscheinlich vorzugsweise von den beiden ersteren Statuten beeinflußt worden. Die italienischen Landschaften Poschiavo und Misocco (so weit letzteres, als ehemaliger Bestandtheil des obern Bundes, überhaupt ein eigenes Recht zu schaffen vermochte) sind dagegen auch hierin den deutschrechtlichen Anschauungen fremd geblieben, indem ersteres über $^1/_3$, letzteres, wenn der Testator keine Leibeserben hat, sogar über $^2/_3$ des gesammten Nachlasses (gleichviel ob es Ererbtes oder Vorschlag ist) letztwillig zu verfügen gestattet.

Daß in unserm Statutarrecht, soweit dasselbe von deutschrechtlichen Grundsätzen beherrscht war, vollends die Enterbung unzuläßig sein mußte, versteht sich von selbst. Nur im Fall Kinder gegen den Willen ihrer Eltern heiratheten (vorausgesetzt, daß die verweigerte Zustimmung der letzteren nicht als grundlos befunden wurde), konnten zufolge einiger Statuten (Churer St. R. und Erbs. des X Ger. Bundes) die Eltern (bez. der überlebende Elterntheil) ihnen die Herausgabe ihres Erbes verweigern und dasselbe, jedoch nur zu lebenslänglichem Genuß und nicht zu Eigenthum („ohne Verböserung des Hauptgutes"), behalten. Einzig die Oberbunds-St. (auf welche freilich römisches und kanonisches Recht mannigfach eingewirkt hatten) verweisen hinsichtlich der Enterbung auf „die gemeinen Rechte."

Da nach unserm Statutarrecht die Testirfreiheit so außerordentlich beschränkt war, darf man sich nicht wundern, daß dessen Vorschriften über die bei Testamenten zu beobachtenden Förmlichkeiten sehr dürftig sind. Am ausgebildetsten waren dieselben begreiflich in Poschiavo und Misocco, da dort die Testirfreiheit am ausgedehntesten war. Erstere fußten ganz auf das röm R.: das Testament mußte entweder von einem Notar in Gegenwart von 7 resp. 5 Zeugen oder von dem Testator (oder einem sonst von ihm Beauftragten) verfaßt und von 7 Zeugen mit unterschrieben und gesiegelt werden (für Vermächtnisse von über 35 Pfd. war die Bewilligung des Podestat erforderlich). Misocco kannte folgende Formen: 1) Abfassung durch einen Notar oder eine sonstige obrigkeitliche Person und Mitunterzeichnung von 3 Zeugen, 2) olographisches Testament, 3) mündliches Testament (fatto nella urgenza), wenn es sogleich nachher colle formalità volute verschrieben wird; 4) in Kriegs- und Pestzeit sowie an abgelegenen Orten (in luogo disabitato) kann ein Testament auch nur vor 1 Zeugen errichtet werden; dasselbe ist aber nur gültig, wenn der Testator nicht

Zeit hat, es später förmlich zu errichten. Oberbund ließ folgende Testamentsformen zu: 1) das olographische. 2) das von einer obrigkeitlichen Person auf Befehl des Testators geschriebene und von letzterem unterschriebene. 3) das mündliche vor zwei unverwerflichen Zeugen. Chur kannte 1) das olographische und 2) das von einem geschwornen Schreiber in Gegenwart von 3 Zeugen verfaßte. Andere Statuten (Bergün, Untertasna) verlangten nichts weiteres als 3 unparteiische Zeugen. Daß man, außer in Poschiavo, sich mit 3 Zeugen begnügt zu haben scheint, ist wohl dem Einfluß des kanon. R. zuzuschreiben, das für Vermächtnisse zu Gunsten der Kirche nur den Geistlichen und 2 bis 3 Zeugen verlangte. Uebrigens forderte man auch, daß der Erblasser bei gesundem Verstand, „ungezwungen und ungedrungen“ testire.

(Die auf heutigem Standpunkte auffallende Thatsache, daß Misocco, ungeachtet es einen Bestandtheil des obern Bundes bildete, selbständige, zum Theil von den Oberbunds-Artikeln sehr abweichende Statuten über das Erbrecht besaß, so wie ein ähnliches Verhältniß zwischen den Landbüchern von Davos und Klosters und den Erbsatzungen der X Gerichte, zu denen jene beiden gehörten, erklären sich wohl aus der, dem Geist des Mittelalters überhaupt entsprechenden, in Rhätien aber ganz vorzugsweise einheimisch gewordenen Autonomie, wonach nicht sowohl, wie jetzt, Statutarrecht durch Landesrecht als, umgekehrt, Landesrecht durch Statutarrecht gebrochen wurde, überhaupt die Entwickelung des Rechtes mehr von unten nach oben als von oben nach unten ging.)

§ 510.

Ererbtes und vorgeschlagenes Vermögen.

Unter ererbtem Vermögen, soweit dieses bei letztwilligen Verfügungen in Betracht kommt (§ 509), wird der Betrag desjenigen Vermögens verstanden, welches dem Testator durch gesetzliche Erbfolge, nicht aber durch letztwillige Verfügung oder Schenkung zukam,[1]) und zwar kommt hiebei nur der Werth des ererbten Vermögens zur Zeit seines Anfalles in Betracht, ohne Rücksicht darauf, ob und wie weit die ererbten Effekten selbst im Nachlasse noch vorhanden sind oder nicht.[2])

Unter Vorschlag im Sinne des § 509 wird derjenige Betrag verstanden, um welchen der Nachlaß das Ererbte übersteigt.

[1]) Wenn demnach der Testator A ein Vermögen von Fr. 42,000 hinterläßt, wovon er 1) Fr. 25,000 von seinem Vater erbte, 2) Fr. 3000 von demselben (als Vorzug gegenüber andern Kindern) vermacht erhielt und 3) Fr. 14,000 selbst erwarb; so sind, behufs Ausmittlung der Testirbefugniß des A, lediglich Fr. 25,000 als ererbt, die ihm vermachten Fr. 3000 aber als Vorschlag anzusehen, sonach mit den selbsterworbenen Fr. 14,000 zusammenzurechnen.

[2]) Die Berechnung des Betrages des Ererbten nach dem Werth, den es zur Zeit hatte als es dem Testator anfiel, hat zur Folge, daß eine allfällig seither eingetretene Werthsteigerung der ererbten Effekten, wie namentlich von Liegenschaften, als Vorschlag zu betrachten ist, so daß, wenn z. B. der Testator ein Haus im Werth von Fr. 40,000 hinterläßt, das zur Zeit, als es ihm erbweise anfiel, Fr. 22,000 geschätzt war, nur letztere Summe als ererbt, die überschießenden Fr. 18,000 aber als Vorschlag zu betrachten sind. (Vgl. die Grundsätze über Berechnung des ehelichen Vor- und Rückschlags in § 42.)

Es ist freilich fraglich, ob dieser Grundsatz mit der Volksansicht vollkommen einig gehe, welche noch immer sehr geneigt ist, das Ererbte vorzugsweise in den erbsmäßig überkommenen noch vorhandenen Liegenschaften, gleichviel ob dieselben im Werthe gestiegen oder gefallen sind, zu suchen und dieselben als das eigentliche

Stammvermögen der Familie zu betrachten — eine Anschauung, die durchaus im Geiste des deutschen Rechtes liegt.

§ 511.

Vermächtnisse zu Gunnsten eines Ehegatten.

Außer dem laut § 509 Zuläßigen kann ein Ehegatte dem andern noch insbesondere den Nießbrauch seines sämmtlichen übrigen Vermögens vermachen, [1]) und zwar:

a. wenn er Leibeserben hinterläßt, für die Dauer des Wittwer- oder Wittwenstandes des Bedachten. Ein solcher Nießbrauch ist alsdann von Rechtswegen mit der Verpflichtung verbunden, für den Unterhalt und die Erziehung der minderjährigen Kinder zu sorgen, [2]) und den großjährigen, wenn sie sich verheirathen oder von der elterlichen Haushaltung trennen, entweder einen den Umständen angemessenen Vermögenstheil herauszugeben, oder einen verhältnißmäßigen jährlichen Beitrag zu leisten; [3])

b. wenn er keine Leibeserben hinterläßt, auch lebenslänglich.

Hinterließ jedoch in diesem Falle der Erblasser bedürftige Eltern, Großeltern oder Geschwister, so ist der Nießbrauch des überlebenden Ehegatten von Rechtswegen mit der Verpflichtung ihrer Unterstützung (nach Maßgabe des § 68) verbunden. [4])

Diese Verpflichtung des Nießbrauchs-Berechtigten tritt auch dann ein, wenn sämmtliche beim Absterben des Erblassers am Leben gewesenen Leibeserben während der Dauer des Nießbrauches ohne erbfähige Nachkommen mit Tod abgehen und alsdann unterstützungsberechtigte Verwandte des Erblassers zurückbleiben. [5])

Den nämlichen Nießbrauch und unter den nämlichen Bedingungen, wie ein Ehegatte dem andern, kann ein Verlobter dem andern vermachen.

Letztwillige Verfügungen der Ehefrau zu Gunsten ihres Gatten und seiner Anverwandten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung und Mitunterzeichnung eines außerordentlichen Beistandes. [6])

[1]) Es kann also ein Ehegatte dem andern: 1) soviel eigenthümlich vermachen, als er laut § 509 überhaupt testiren kann und überdies 2) den Nießbrauch an seinem ganzen übrigen Vermögen. Auch die Bestimmungen dieses § wurden wesentlich unserm früheren Gesetz über „letztwillige Verfügungen" enthoben.

[2]) Diese Verpflichtung liegt dem überlebenden Elterntheil, der ja (zufolge § 63) schon ein gesetzliches Nutznießungsrecht an dem Vermögen der minderjährigen Kinder hat, ohnehin ob (§ 58).

[3]) Es ist durchaus billig, daß die großjährigen Kinder durch diesen Nießbrauch des überlebenden Elterntheils in ihrer ökonomischen Lage und ihrem Fortkommen nicht ungebührlich gehemmt werden. Es ist hier freilich dem richterlichen Ermessen viel Spielraum gelassen. Es werden hiebei hauptsächlich in Betracht kommen: das Bedürfniß des zum Nießbrauch berechtigten Ehegatten, der Betrag des mit dem Nießbrauch belasteten Vermögens und das Bedürfniß des von der Haushaltung sich

trennenden Kindes. Das zürch. Ges. § 2039 hat hierüber folgende Bestimmung: „Sind eheliche Nachkommen die nächsten Erben, so darf sich die Nutznießung nur so lange über ihre ganzen Erbtheile erstrecken, als dieselben weder in die Ehe getreten noch volljährig geworden sind; von da an ist die Nutznießung des überlebenden Ehegatten bis auf die Hälfte des betreffenden Erbantheils zu beschränken."

[4]) Diese Unterstützungspflicht rechtfertigt sich dadurch, daß es unbillig wäre, des Erblassers nächste Blutsverwandte und Erben unter jenem Nießbrauch so weit leiden zu lassen, daß ihnen nicht einmal diejenige Unterstützung zu Statten käme, die der Testator, wenn er noch lebte, ihnen von Gesetzes wegen geschuldet hätte.

[5]) Wenn z. B. A seiner Frau B den Nießbrauch seines ganzen Vermögens vermacht und mit Hinterlassung eines Sohnes C und eines bedürftigen Vaters D stirbt, und es stirbt in der Folge auch der Sohn C, so wird die B die Unterstützung des bedürftigen Schwiegervaters D nicht etwa damit abweisen können, daß sie den Nießbrauch blos mit den ihr laut lit. a gegenüber dem Sohn obgelegenen Verpflichtungen angetreten habe, vielmehr wird alsdann die Unterstützungspflicht gegenüber dem Schwiegervater D gleichsam an die Stelle der ihr früher gegenüber dem Sohn obgelegenen Pflichten treten.

[6]) Daß für anderartige Vermächtnisse die Ehefrau weder der Zustimmung eines außerordentlichen Beistandes noch derjenigen ihres Gatten bedarf, liegt schon in § 505.

Anmerk. Auch unser, den Vermächtnissen sonst so sehr abgeneigtes Statutarrecht. begünstigte das Vermächtniß des Nießbrauchs zwischen Ehegatten, jedoch in der Regel blos für die Dauer des Wittwer- oder Wittenstandes bei kinderloser Ehe. So nach den Stat. von Fürstenau, Bergün, Obtasna, Untertasna, Poschiavo, Remüs. Oberbund gestattete im Fall kinderloser Ehe das Vermächtniß des lebenslänglichen Nießbrauchs. In Bergell konnte nur der Nießbrauch an $1/_3$, in Avers an $1/_2$ des Nachlasses vermacht werden; Klosters forderte hinsichtlich der „Aufgemächte" zwischen Ehegatten blos, daß hierin „ein ziemlich Maß" gehalten werde und begünstigte das Vermächtniß des Wohnrechtes. Aehnlich Davos. Im Oberengadin konnten sich die Ehegatten, wenn kein Brautgeschenk bedungen war, den Nießbrauch des Hauses und 5% des Vermögens eigenthümlich vermachen. Nach einigen andern Statuten konnten sie sich dagegen nur eine gesetzlich bestimmte Summe (fl 200, fl. 50) vermachen, dann aber selbst wenn Kinder da waren. Bei kinderloser Ehe gewährten einige Statuten nur dann den Ehegatten die Befugniß, sich zu vermachen, wenn sie „Jahr und Tag mit einander gehaust" hatten (Oberhalbstein, Obervaz). Es stimmt letzteres vollkommen mit der, unser Statutarrecht vielfach durchziehenden Ansicht, daß eine Ehe nur dann, wenn sie thatsächlich (durch Beisammenwohnen der Ehegatten) Jahr und Tag dauerte, in vermögensrechtlicher Beziehung volle Wirksamkeit habe (vgl. Anmerk. zu § 41).

§ 512.

Auslegung von letzten Willensverfügungen.

Bei Auslegung letztwilliger Verfügungen ist zunächst der aus dem Wortlaut und den Umständen erhellende Wille des Erblassers maßgebend. [1])

Im Zweifel gelten mit Bezug auf Vermächtnisse folgende Grundsätze:

Wenn mehrere Personen mit Einem Vermächtnisse ohne Bestimmung der Antheile einer jeden bedacht sind, so wird vermuthet, es seien dieselben gleichberechtigt. [2]) Stirbt eine von ihnen vor dem Testator oder will oder kann sie das Vermächtniß nicht annehmen, so fällt ihr Antheil den übrigen Mitberechtigten zu gleichen Theilen

zu.[3]) War dagegen der Antheil eines so wegfallenden Legatars bestimmt, so fällt derselbe den Erben zu (vgl. § 475).[4])

Vermachte der Testator eine Sache von bestimmter Gattung ausdrücklich nur aus seinem Nachlasse und es findet sich in letzterem keine solche vor, so ist das Vermächtniß mit Rücksicht auf diesen Gegenstand als unwirksam zu betrachten.[5]) Sind dagegen mehrere Sachen von solcher Gattung oder Art im Nachlasse, so hat der Vermächtnißnehmer die Auswahl unter denselben.[6])

Vermachte der Testator eine Sache nicht ausdrücklich aus seinem Nachlasse und es findet sich dieselbe in letzterem nicht vor, so haben die Erben dem Legatar eine solche und zwar von mittlerer Beschaffenheit zu verschaffen.[7])

Hinsichtlich allfälliger der letzten Willensverfügung beigefügter Bedingungen oder Zweckbestimmungen gelten die Grundsätze der §§ 324—326.

[1]) Der aus dem Wortlaut und den Umständen mit Wahrscheinlichkeit erhellende Wille des Testators ist stets maßgebend bei Auslegung von Testamenten, daher auch dem augenscheinlichen Irrthum Rechnung zu tragen ist. Vgl. Thibaut § 1001 („Was der Testator nicht beabsichtigte oder nach seinen Beweggründen, wenn er deren Irrigkeit erkannt hätte, nicht würde beabsichtigt haben, das ist nie in Ausführung zu bringen"). Im Zweifel wird allerdings die Gültigkeit einer letztwilligen Verordnung anzunehmen sein. Daher gelten auch die nachfolgenden Interpretationsregeln nur subsidiär, d. h. so weit nicht eine entgegengesetzte Absicht des Erblassers erweisbar ist.

[2]) Z. B. wenn es im Testament hieße: „Ich vermache meinen Freunden A, B, C mein Landgut in X", so wird vermuthet, es erhalte ein jeder derselben das Eigenthum an einem ideellen Drittel des vermachten Landgutes.

[3]) Wenn z. B. im Fall von Note 2 A, bevor ihm das Vermächtniß anfiel, gestorben wäre, so würde der ihm zugedachte $1/3$ des vermachten Landgutes dem B und dem C zu gleichen Theilen zufallen. Es ist dieses Anwachsungsrecht der Legatare in sofern analog dem Anwachsungsrecht der Erben (§ 477 Abs. 2), doch tritt jenes nur dann ein, wenn die Legatare durch eine ihnen gemeinschaftlich vermachte Sache mit einander verbunden (re coniuncti) sind (wie durch jenes den A, B und C gemeinschaftlich vermachte Landgut).

[4]) Wenn das Testament z. B. so gelautet hätte: „Ich vermache meinem Freunde A $1/2$, meinem Freunde B $1/4$ und meinem Freunde C $1/4$ meines Landgutes in X", so würde, wenn A vor dem Anfalle des Legats stürbe, die ihm vermachte Hälfte nicht dem B und C, sondern den Erben des Testators zufallen. Noch weniger könnte natürlich von einem Anwachsungsrecht zwischen den Legataren die Rede sein, wenn einem jeden derselben eine besondere Sache vermacht würde (z. B. dem A ein Landgut, dem B ein Pferd und dem C ein Kapital von Fr. 1000).

[5]) Z. B. wenn es im Testament hieße: „Ich vermache dem A das in meinem Keller befindliche Faß Wein" und es findet sich in dem Keller des Erblassers kein Faß Wein vor, so wäre das Vermächtniß nichtig.

[6]) Z. B. wenn das Testament lautete: „Ich vermache dem A eines von meinen Fässern Wein", so könnte A, wenn mehrere solcher vorhanden wären, unter denselben auswählen.

[7]) Z. B. wenn das Testament lautete: „Ich vermache dem A 20 Sack Roggen" und es fände sich im Nachlaß des Testators kein Roggen oder nur eine geringere Quantität vor, so müßten die Erben dem A das fehlende Quantum anderswoher auf ihre Kosten verschaffen.

Wie aber, wenn der Testator eine in fremdem Eigenthum befindliche Sache vermacht hätte (z. B. „ich vermache dem A das Pferd des B")? Alsdann ist das Legat nichtig, weil der Erblasser nicht über fremdes Eigenthum verfügen darf. Der *Code Nap.* § 1021 sagt, daß in solchem Fall das Vermächtniß nichtig sei „soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas" (gleichviel ob er gewußt habe oder nicht, daß die Sache ihm nicht gehöre).

§ 513.

Testamentsvollstrecker.

Hat der Erblasser in seiner letzten Willensverfügung Testamentsvollstrecker (Testamentsexekutoren) ernannt, so ist es zwar für letztere nur Gewissenssache, ob sie den Auftrag übernehmen wollen oder nicht; [1]) doch sind sie den Erben zu einer sofortigen Erklärung verpflichtet.

Uebernehmen sie den Auftrag, so sind sie, wo möglich im Einverständniß mit den Erben, zu allen für dessen Vollziehung erforderlichen Maßnahmen befugt. [2])

Ihnen steht auch, so weit es zur Testamentsvollziehung nothwendig ist, die Verwaltung des Nachlasses zu.

Sollten die Testamentsvollstrecker die Erfüllung ihres Auftrages unstatthaft verzögern [3]) oder denselben mißbrauchen, so steht den Erben das Recht zu, bei dem zuständigen Kreisgerichte um Abhülfe einzukommen.

Ueber ihre Verrichtungen sind sie den Erben Rechenschaft schuldig. [4])

[1]) Es ist dies ein Mandat, das der Testator ihnen ertheilt, das aber die bezeichneten Exekutoren (wenn sie nicht etwa durch Vertrag sich verpflichteten) ablehnen können.

[2]) So weit es die Vollziehung des Testamentes, welches aufrecht zu halten sie pflichtig sind, erheischt, dürfen sie daher wohl auch einen Rechtsstreit anheben. Gegen allfälligen Mißbrauch mögen die Erben die Gerichte anrufen. Nach deutschem Recht hatten die Testamentsvollstrecker die „Gewehr" (den rechtlichen Besitz) des Nachlasses.
Die Vollziehung dieses Mandates setzt natürlich die Annahme der Erbschaft durch die Erben voraus. Sollten die Erben dieselbe ausschlagen, so tritt das konkursmäßige Verfahren ein.

[3]) Der *Code Nap.* (§ 1051) verpflichtet sie, das Testament innert Einem Jahre zu vollziehen.

[4]) Die Erben vertreten in so weit den Erblasser als Auftraggeber. Selbstverständlich sind die Kosten der Testamentsexekution aus dem Nachlasse zu schöpfen. (Vgl. *Code Nap.* § 1034.)

Drittes Kapitel.

Familienstiftungen (Fideikommisse).

§ 514.

Verbot ihrer Errichtung.

Familienstiftungen (Fideikommisse) in Form von Mannsvortheilen, Primogenituren, Majoraten u. s. w. sind nur insofern sie vor dem 1. Januar 1850 errichtet wurden gültig. Die Errichtung neuer ist unzuläßig. [1])

[1]) Das Institut der Familienstiftungen ist zwar, da seit 1850 keine neuen gegründet werden dürfen, im Absterben begriffen. Indeß bestehen dermalen noch zahlreiche, aus früherer Zeit herrührende Fideikommisse, die zufolge unseres ehemaligen Gesetzes über „letztwillige Verfügungen" auch „fernerhin wie bisher in Kraft bestehen sollen". Trotz dieser Zusicherung sind aber die bestehenden Fideikommisse nahezu rechtlos geworden, und zwar nicht blos durch die Abneigung der Gerichte, sie zu schützen, sondern auch wegen Mangels an irgend welcher, ihren rechtlichen Charakter bestimmenden Grundsätze. Die Unsicherheit der Rechtsanwendung ist mit Bezug auf dieselben so groß und für viele Betheiligte so verderblich geworden, daß die gesetzliche Feststellung der rechtlichen Bedeutung dieses Institutes dem Verfasser des Gesetzes zu einem fühlbaren Bedürfniß geworden schien, daher er es unternommen hatte, durch einige Hauptgrundsätze theils den rechtlichen Charakter des Institutes festzustellen, theils demselben, so weit es noch besteht, den nöthigen Rechtsschutz möglichst zu sichern, obwohl solches deßhalb mit eigenthümlichen Schwierigkeiten verbunden war, weil dieses Institut bei uns schon mehr oder weniger degenerirt ist, daher sich nicht mehr in seinem ursprünglichen Charakter und seiner strengen deutschrechtlichen Bedeutung festhalten läßt, vielmehr auf unsere Praxis, so weit sich eine solche — per fas et nefas — ausgebildet hat, Rücksicht genommen werden mußte. Schon die erste Kommission fand es aber nicht angemessen, einer nur vereinzelt vorkommenden, im raschen Verschwinden begriffenen und mit unserm jetzigen Rechtsbewußtsein wenig verträglichen Einrichtung in einem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch irgend welche auf ihren Fortbestand sich beziehenden Vorschriften zu widmen. Kaum konnte man sich entschließen, den unten folgenden, auf das Erlöschen der Fideikommisse bezüglichen Artikel stehen zu lassen. Nichts desto weniger mögen die beiden von der Kommission gestrichenen §§ zu gutfindender Benutzung in vorkommenden Fällen hier ihre Stelle finden. Sie lauteten:

„Familienstiftungen (Fideikommisse) in Form von Mannsvortheilen, Primogenituren und Majoraten sind nur insofern sie vor dem 1. Januar 1850 errichtet wurden, gültig.

So weit solche noch in Kraft bestehen, sind dieselben im Zweifel als Vermächtnisse zu Gunsten der männlichen Glieder eines Stammes oder einer Familie, so lange solche noch aus männlichen Zeugungen vorhanden sind, zu beurtheilen, sei es, daß alle jeweiligen männlichen Nachkommen, übrigens nach den

Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge, sei es, daß nur einzelne männliche Glieder nach einer besondern Erbfolge zum Genusse der Stiftung berufen werden.

Der jeweilige Inhaber der Familienstiftung ist als Eigenthümer derselben zu betrachten. Doch ist, wenn er sie veräußerte, ihr Werth aus dessen Nachlaß den Stiftungsberechtigten zum Voraus zu schöpfen, immerhin (mit Vorbehalt ihrer Sicherstellung nach den unten folgenden Grundsätzen nur so weit als dadurch die Gläubiger des Erblassers nicht geschädigt werden."

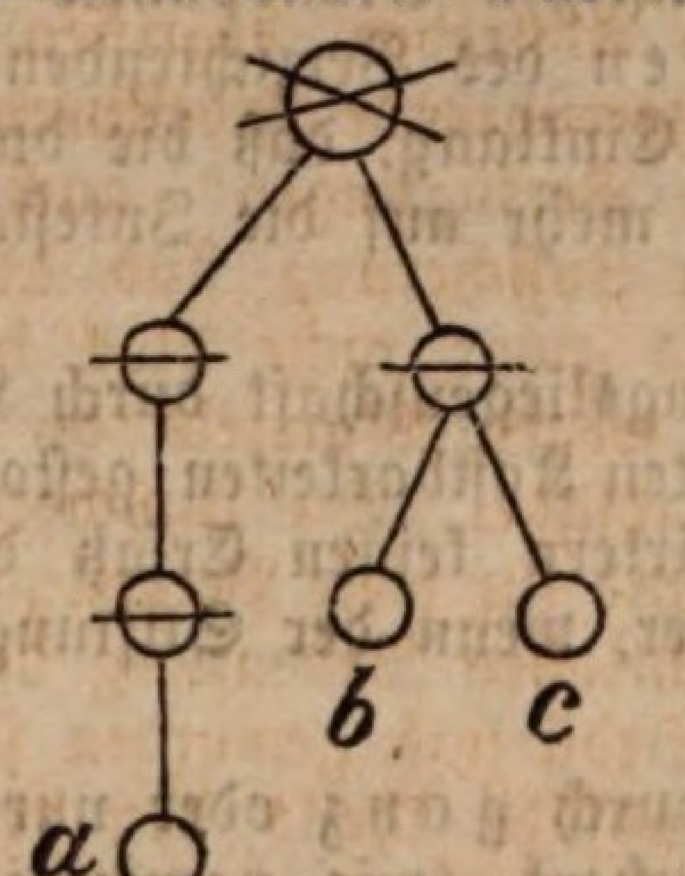
„Jedes Glied des berechtigten Mannsstammes (jeder Anwärter) ist befugt, von dem Inhaber der Familienstiftung Sicherung derselben zu verlangen, sei es, wenn sie aus Liegenschaften besteht, durch Bestellung eines dinglichen Rechtes mittelst Eintragung in das Grundbuch, sei es auf andere Weise.

Eine solche Sicherstellung gilt indeß nur so weit, als die zur Zeit ihrer Bestellung vorhandenen Gläubiger dadurch nicht geschädigt werden.

Wenn der Mannsvortheil sich auf verschiedene Mannsstollen vertheilte, so hat jeder derselben, sofern er zu Sicherstellung seines Antheiles bereit ist, das Recht, den übrigen zur Sicherung seiner Anwartschaft auf ihre Stiftungsantheile nöthigenfalls eine Nothfrist gerichtlich anberaumen zu lassen, und zwar mit Androhung der Rechtsfolge, daß im Unterlassungsfalle die Anwartschaft auf den Mannsvortheil gegenseitig aufgehoben sein soll."

Diese letztere Vorschrift scheint von der Gerechtigkeit so dringend geboten, daß nicht daran zu zweifeln ist, daß der in ihr enthaltene Grundsatz in vorkommendem Falle, trotz der Streichung des Artikels, dennoch in Anwendung kommen müßte. Man denke sich z. B., daß in folgendem Fall

Mannsvortheil-Stifter



a als schlechter Hauswirth sein Vermögen, mit Einschluß des Mannsvortheils, gänzlich konsumire, b und c aber das ihrige bez. ihren Mannsvortheil gewissenhaft verwalten, so kommen letztere gegenüber dem ersteren in so weit in eine nachtheilige Stellung zu stehen, als sie, bez. ihre männlichen Nachkommen, für den Fall, daß a ohne männliche Deszendenz verstürbe, den Anfall seines Stiftungsantheiles (weil er verbraucht ist) nicht mehr in Aussicht hätten, während im umgekehrten Fall, daß sie (b und c) ohne männliche Deszendenz verstürben, a, bez. seine männlichen Nachkommen, die Anwartschaft auf ihren (unversehrt gebliebenen) Mannsvortheil behielten, so daß der schlechte Haushälter gegenüber dem guten erheblich in Vortheil käme. Es ist dies ein Fall, der unter Mannsvortheilberechtigten bei uns häufig vorkommt. Alsdann ist es aber der Gerechtigkeit durchaus angemessen, die guten Haushälter gegenüber den schlechten so weit zu schützen, daß für den Fall, daß letztere ihren Mannsvortheil nicht herstellen bez. sichern könnten oder wollten, die gegenseitige Anwartschaft zwischen ihnen und den andern (also in obigem Schema zwischen a einer- und b und c anderseits) aufgehoben werde, wodurch erst die beiden Parteien wieder eine ebenbürtige Stellung erhalten. Es ist übrigens dieses Verhältniß nur bei den (auf verschiedene Stollen) sich vertheilenden Mannsvortheilen, nicht aber bei anderartigen Fideikommissen gedenkbar.

§ 515.

Erlöschen der Familienstiftungen.

Familienstiftungen erlöschen:

1. durch das Aussterben des berechtigten Mannsstammes;
2. durch Vertrag, beziehungsweise Verzicht der Betheiligten;[1]
3. durch unverschuldeten Untergang der zur Familienstiftung angewiesenen Vermögensgegenstände;[2]
4. durch die Unfähigkeit eines Stiftungsinhabers, beziehungsweise seines Nachlasses, den Werth des Fideikommisses, wenn dieses von jenem verbraucht wurde, zu ersetzen.[3]

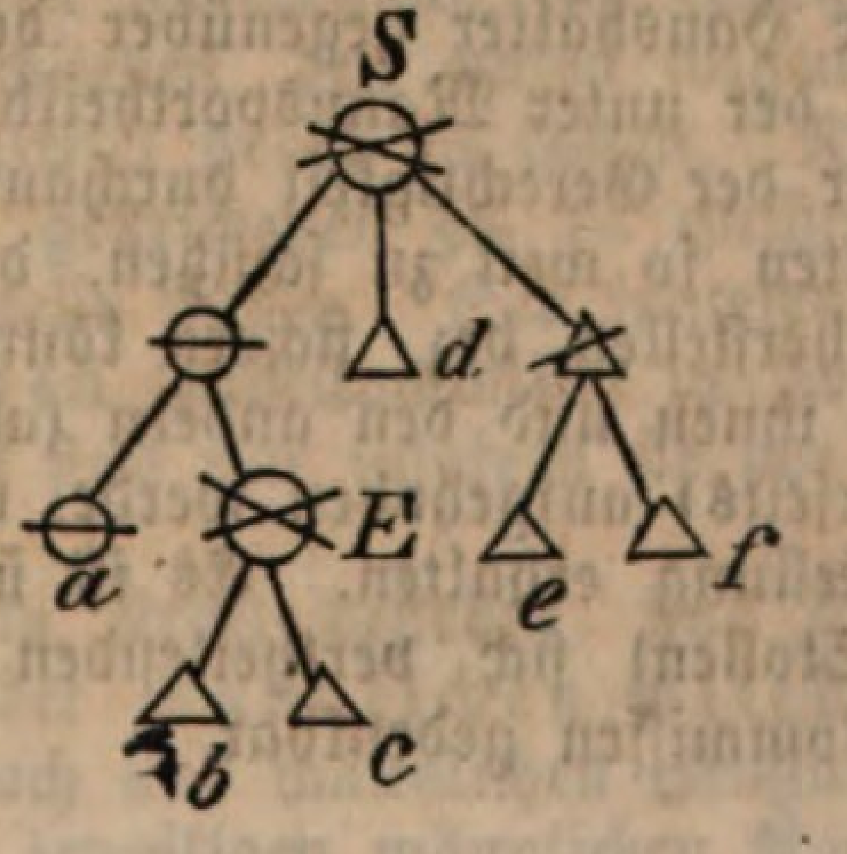
Erlischt die Familienstiftung durch Aussterben des berechtigten Mannsstammes, so fällt sie, vorbehalten abweichende Bestimmungen in der Stiftungsurkunde, den Intestaterben Dessen, der sie stiftete, nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge anheim.[4]

[1] Der gegenseitige Verzicht der jeweiligen Berechtigten ist auch nach gemeinem deutschem R. zuläßig, wird aber nach demselben für die Nachkommen höchstens dadurch verbindlich, daß ein für dieselben obrigkeitlich bestellter außerordentlicher Beistand seine Einwilligung dazu ertheilt. Nach österr. Ges. § 632 ist ein Verzicht zum Nachtheile der Nachkommen überhaupt nicht statthaft. Allein auf dem, der Perpetuirung der Familienstiftungen weniger günstigen Standpunkte unserer Praxis muß der Verzicht auch als für die Nachkommen des Verzichtenden gültig erklärt werden. Ebenso steht es mit unserer Praxis im Einklang, daß die durch Verzicht der Stiftungsberechtigten erloschene Stiftung nicht mehr auf die Intestaterben des Stifters (die sog. Regredienterben) zurückfalle.

[2] Wenn z. B. die Stiftungsliegenschaft durch Wasserverheerung untergeht oder die als Mannsvortheil vermachten Kostbarkeiten gestohlen werden, so ist ihr Inhaber, bez. dessen Nachlaß, den Anwärtern keinen Ersatz dafür schuldig; die Stiftung ist somit erloschen. Anders aber, wenn der Stiftungsgegenstaud durch Verschuldung des Inhabers untergeht.

[3] Die Stiftung kann hierdurch ganz oder nur theilweise erlöschen, je nachdem das Vermögen ihres Inhabers (wie namentlich wenn er in Konkurs geräth) durch die Passiven ganz aufgezehrt wird oder nicht. Selbst wenn die Stiftung im Konkurse unterging, wacht sie durch neue Erwerbungen des Konkursanten wieder auf, sobald er sie wieder herzustellen vermag.

[4] So lange auch nur Ein männliches Glied des stiftungsberechtigten Mannsstammes vorhanden ist, lebt die Stiftung fort. Ist aber auch das letzte gestorben, so erlischt die Stiftung und fällt, und zwar nicht von dem letzten Inhaber, sondern von dem Stifter aus gerechnet, der gesetzlichen Erbfolge anheim. Es ist dieses der sog. „ledige Anfall“. Z. B.:



Hier erscheint E, nachdem sein Bruder a gestorben, als letzter Stiftungsinhaber. Da aber auch er nur mit Hinterlassung weiblicher Nachkommenschaft (der Töchter b und c) verstirbt, so erlischt mit ihm die Stiftung und wird nun, gleichsam als freier Nachlaß des Stifters S nach der gesetzlichen Erbfolge vererbt, derart, daß des E Basen e und f 1/3, seine Tante d 1/3 und seine eigenen Töchter b und c 1/3 des zurückgefallenen Stiftungsbetrages erhalten.

Anmerk. Eine Anzahl unserer Statuten ermächtigte ausdrücklich (einige jedoch nur „adelige" Häuser) zu Stiftung von Mannsvortheilen und Fideikommissen (Oberbund, Obtasna, X Gerichte, Untertasna?).

Vierter Abschnitt.

Erbverträge. [1])

[1]) In der Lehre der Erb- und Vermächtnißverträge herrscht im älteren und im neueren Recht großer Widerspruch. Zu unterscheiden sind bei denselben:

a) diejenigen, die mit dem Erblasser selbst abgeschlossen werden, und
b) diejenigen, die zwischen Dritten über einen zu erwartenden Nachlaß eingegangen werden.

Das röm. R:, auf dem formellen Standpunkte seiner Erbrechtstheorie, gestattete überhaupt nicht, über irgend eine eigentliche Erbberechtigung zu paziszıren (indem solche Verträge „contra bonos mores" seien), wohl aber waren Vermächtnißverträge der ersten Kategorie als Schenkungen auf den Todesfall zuläßig, unterschieden sich jedoch wenig von den einseitigen Vermächtnissen, da sie von dem Schenker widerrufen werden konnten; Vermächtnisse der zweiten Kategorie (pacta dispositiva) waren unter Voraussetzung der Zustimmnng des Erblassers statthaft, doch war auch diese Zustimmung widerruflich, indem das röm. R. die freie Willkür des Bürgers in der Verfügung über seinen Nachlaß als unveräußerliches Attribut seiner Persönlichkeit sich dachte. (Thibaut § 852 und Keller § 474.)

Das deutsche R. dagegen, in welchem die Vertragsform die ursprünglich gewöhnlichste und unter Umständen sogar einzig mögliche Art war, Jemandem auf den Todesfall Etwas zuzuwenden, gestattete unbeschränkt Erb- und Vermächtnißverträge der ersten und zweiten Gattung.

Die neueren Gesetzgebungen haben sich bald zu dem römischen bald zu dem deutschen System geschlagen und bald einen Mittelweg versucht. Während der *Code Nap.* die Erbverträge gar nicht kennt, und das österr. Ges. sie nur unter Ehegatten gestattet, läßt sie das preuß. L. R. unbeschränkt zu. Was die schweizer Gesetze betrifft, so folgen das solothurner und berner Ges. dem österr. Ges., das walliser schließt sie ganz aus, das luzerner gestattet sie nur zwischen Ehegatten und (als Erbauskauf) zwischen ihnen und ihren großjährigen Kindern; das aargauer erlaubt überdies jedem Erblasser Notherben auszukaufen. Das freib. Ges. kennt nur die Schenkungen auf den Todesfall und den Erbauskauf. Das zürch. Ges. endlich gestattet:

a) Erb- und Vermächtnißverträge mit dem Erblasser unbeschränkt (mit Einschluß des Erbauskaufes und Erbverzichtes);
b) ebenso Erbauskaufsverträge zwischen Erben;
c) anderartige Erbverträge zwischen Dritten zwar auch, jedoch ist, wenn Derjenige, über dessen Nachlaß paszis̈zirt wird, noch lebt, eine Anzeige an denselben verlangt.

Unser früheres Gesetz über letztwillige Verfügungen kannte zwar nur den Erbvertrag (das „wechselseitige Test.") zwischen Ehegatten, schloß aber anderartige nicht ausdrücklich aus.

Erstes Kapitel.

Mit dem Erblasser.

§ 516.

Im Allgemeinen.

So weit Einer mittelst Testament über seinen Nachlaß verfügen kann, eben so weit kann er denselben mittelst Erbvertrages [1]) einem Andern zusichern. [2])

Mit Bezug auf die Handlungsfähigkeit gelten hiebei für den vertragschließenden Erblasser dieselben Grundsätze, wie für den testirenden (§ 502, Ziff. 1 und 2). [3])

Zur Gültigkeit des Erbvertrages ist die außergerichtliche schriftliche oder die gerichtliche Testamentsform erforderlich, so jedoch, daß auch derjenige, welchem mittelst Erbvertrages etwas zugewendet werden will, sich in der Vertragsurkunde mit zu unterzeichnen hat. [4])

Im Uebrigen richten sich die Erfordernisse zur Gültigkeit, beziehungsweise Verbindlichkeit, dieses Vertrages nach denjenigen der §§ 320 und 321 zur Gültigkeit, beziehungsweise Verbindlichkeit von Verträgen überhaupt. [5])

Erbverträge können nur mit Zustimmung beider Theile [6]) und in einer der zu ihrer Errichtung vorgeschriebenen Formen aufgehoben oder abgeändert werden. [7])

Frühere Erbverträge gehen späteren Testamenten oder Erbverträgen vor, wodurch einem Dritten die nämlichen Vermögensgegenstände zugewendet werden wollten. [8])

Schenkungen auf den Todesfall sind nur in der Form von Erbverträgen gültig. [9])

[1]) Der Ausdruck „Erbvertrag" ist hier in allgemeiner Bedeutung gebraucht. Er befaßt jedes in Testamentsform von dem Erblasser einem Andern gegebene und von diesem angenommene Versprechen, dem letzteren auf seinen (des Erblassers) Todesfall sei es als Erbschaft sei es als Vermächtniß seinen Nachlaß oder etwas aus demselben, sei es eigenthümlich sei es nießbräuchlich zuzuwenden. Der Erbvertrag in dieser Bedeutung befaßt daher auch den sogenannten Vermächtnißvertrag.

[2]) Es kann demnach der Erblasser auch mittelst Erbvertrages nicht über einen größeren Theil seines Nachlasses verfügen, als worüber er durch einseitiges Testament laut § 509 verfügen kann.

[3]) Somit bedürfen großjährige Weiber zum Abschluß von Erbverträgen, insofern dadurch nicht dem Ehemann etwas zugewendet werden soll, so wenig eines Beistandes als zur Errichtung von Testamenten.

[4]) Diese Verträge erheischen, um Mißbrauch abzuwenden, eine festere Form als anderartige Verträge. Daher kann auch die blose außergerichtliche Mündlichkeit nicht genügen. Soll ein Erbvertrag durch Uebergabe der betreffenden Urkunde in die Hände des Gerichtes rechtskräftig werden, so ist selbstverständlich nöthig, daß beide Kontrahenten vor dem Amt ihren daherigen Willen beurkunden.

[5]) Somit kommen auch hier die allgemeinen Grundsätze über Nichtigkeit und Fehlerhaftigkeit der Verträge, insbesondere in Folge von Zwang, Drohung, betrügerischen Vorgaben, Irrthum u. s. w. in Anwendung.

[6]) Es ist dieses (die Unwiderruflichkeit) dasjenige Merkmal, welches die Erbverträge am wesentlichsten von den einfachen Testamenten unterscheidet. Es wird hiebei natürlich ein Erbvertrag vorausgesetzt, der an sich sowohl mit Rücksicht auf die Form als nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge gültig und verbindlich ist.

[7]) Daß der Erbvertrag auch durch die mit beiderseitiger Zustimmung der Kontrahenten erfolgte Vernichtung der Vertragsurkunde aufgehoben werden könne, versteht sich von selbst, indem aus einem Erbvertrag (wie aus einem Testament) nur auf Grund der Urkunde geklagt werden kann, es wäre denn, daß rechtsgültig erwiesen würde, es sei dieselbe einseitig oder arglistig von dem Mitkontrahenten vernichtet worden. Ueber den Fall, in welchem die Urkunde durch ein sonstiges zufälliges Ereigniß unterging, s. Anmerk. zu § 504. Uebrigens wird man bei außergerichtlich errichteten Erbverträgen sich gegen solche Zufälligkeiten in der Regel leicht durch Ausfertigung zweier Exemplare, wovon jeder Theil eines erhält, sich schützen können.

[8]) Es versteht sich, daß der Erblasser, der sich durch einen Erbvertrag bindet, dadurch an der freien Verfügung über sein Vermögen bis zu seinem Tode so wenig als durch ein von ihm einseitig errichtetes Testament gehindert wird, indem der durch Vertrag Bedachte dadurch nicht mehr als eine Anwartschaft auf das zur Zeit des Todes noch vorhandene Vermögen des Erblassers erwirbt. Dagegen wäre es weder mit der guten Treue noch mit den allgemeinen Grundsätzen über die Verbindlichkeit der Verträge vereinbar, daß der Erblasser auch jene wohlerworbene Anwartschaft durch entgegengesetzte sei es Testamente sei es anderweitige Erbverträge nachträglich zerstöre, daher z. B. der Erblasser A, nachdem er sein Wohnhaus durch Erbvertrag dem B auf seinen Todesfall hin zugewendet hat, nicht mehr gültig das nämliche Wohnhaus sei es durch Testament sei es durch Erbvertrag dem C vermachen kann. Eben so wenig wäre es zuläßig, daß z. B. der Erblasser A, der überhaupt nur über Fr. 1000 letztwillig verfügen kann, diesen Betrag vorerst mittelst Erbvertrages dem B und sodann mittelst Erbvertrages dem C vermachte. Dagegen hinderte ihn natürlich nichts an einem solchen zweiten Vermächtniß, sofern B dadurch in seinem erworbenen Rechte nicht beeinträchtigt würde. Eben so wenig könnte dem Erblasser, welcher mittelst Erbvertrages den B zum Erben berief, verwehrt werden, seinen Nachlaß in der Folge mit Vermächtnissen an C und D zu beschweren, vorausgesetzt, daß nicht die Absicht einer arglistigen Vereitelung des Erbvertrages anzunehmen sei (anders das zürch. Ges. § 2129).

[9]) Schenkungen auf den Todesfall sind, wenn man die Singularitäten der röm. mortis causa donatio (namentlich deren einseitige Widerruflichkeit) abstreift, eben nichts als Vermächtnißverträge. Auf dem Standpunkt unseres Gesetzes besteht demnach zwischen jenen und anderartigen Vermächtnißverträgen gar kein Unterschied mehr.

Anmerk. Das Churer St. R. ließ Schenkungen auf den Todesfall (wohin es auch die in Erwartung des nahen Todes gemachten Schenkungen rechnete) nur als Vermächtnisse gelten. (Dasselbe enthielt, beiläufig bemerkt, auch über Schenkungen unter Lebenden, deren öffentliche Bekanntmachung es forderte, sehr einläßliche und wohl durchdachte Bestimmungen zu Verhinderung von Pflichtwidrigkeiten gegenüber Erben, unterstützungsbedürftigen nahen Verwandten und Gläubigern.)

§ 517.

Besondere Gattungen.

Zwischen zwei Personen (z. B. zwei Ehegatten oder Brautleuten) können auch wechselseitige Erbverträge eingegangen werden. [1])

Als solche setzen sie einen gemeinschaftlichen Akt voraus, sind aber im Uebrigen nach den Grundsätzen des § 516 zu beurtheilen. [2])

Ebenso kann durch einen Erbvertrag ein Präsumtiverbe [3]) Verzicht auf die Beerbung des Erblasses leisten. [4]) Es wird jedoch ein solcher Verzicht für die Nachkommen des Verzichtenden nur insofern verbindlich, als dieser den Erblasser überlebt, widrigenfalls denselben freisteht, durch Einwerfen der von dem Verzichtenden allfällig erhaltenen Ausrichtungssumme ihr selbständiges Erbrecht geltend zu machen. [5])

[1]) Wendet mittelst Erbvertrages nur der Eine dem Andern etwas zu, so ist der Vertrag nur ein einseitiger; wendet aber gleichzeitig auch letzterer dem ersteren etwas für den Todesfall zu, so ist der Vertrag ein zweiseitiger oder wechselseitiger. Als solcher muß er nothwendig in demselben Akte enthalten sein, widrigenfalls nicht ein wechselseitiger, sondern zwei einseitige Verträge entstehen. Diese wechselseitigen Erbverträge (gemeinhin, jedoch nicht genau, auch als „Testamente" bezeichnet) sind vorzugsweise zwischen Ehegatten in Uebung.

[2]) Der wechselseitige Erbvertrag erheischt demnach, wie der einseitige, zu seiner Gültigkeit der außergerichtlichen schriftlichen oder der gerichtlichen Testamentsform.

[3]) Es braucht dieses somit nicht nothwendig ein Notherbe zu sein, obwohl es sich meist nur um Notherben handeln wird, da ja anderartigen Erben durch einseitigen Akt des Erblassers (durch Testament) ihr Erbantheil entzogen werden kann. Immerhin liegt kein Grund vor, die Verzichtverträge nur auf Notherben einzuschränken.

[4]) Dieser Verzicht kann sowohl unentgeltlich als entgeltlich sein, in letzterem Falle heißt er Erbauskauf und kommt meist im Verhältniß zwischen Eltern und großjährigen Kindern vor, ist aber auch im Verhältnisse des Erblassers zu anderen Erben (besonders Notherben) gedenkbar. Es versteht sich nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen, daß der Verzichtende namentlich vollkommen handlungsfähig, bez. wenn er es nicht ist, durch seinen Vormund vertreten sein muß.

[5]) Z. B. der Vater A richtet den Sohn B, der nach Amerika auswandern will, für seine Erbansprüche mit Fr. 5000 aus. Dieser Vertrag ist für die Kinder des B, nämlich C, D und E, verbindlich, sofern B den Großvater A überlebt. Sollte aber B vor dem A sterben, so würde den C, D und E freistehen, entweder an dem von ihrem Vater mit dem A abgeschlossenen Erbauskauf festzuhalten und sich daher an der Erbschaft des Großvaters nicht zu betheiligen, oder die Fr. 5000, die ihr Vater von letzterem zum Zweck der Erbausrichtung erhielt, in die Erbmasse des Großvaters wieder einzuwerfen und ihr ursprüngliches Erbrecht geltend zu machen. Vgl. zürch. Ges. § 2132.

Anmerk. Was die Frage betrifft, in welches Verhältniß der vertragsmäßige Erbe oder Legatar zu der Erbmasse zu stehen komme, so ist zu bemerken:

a) der Vertragserbe kann, wie der durch Testament berufene Erbe, mit den gesetzlichen Erben konkurriren und ist den letzteren rechtlich (somit auch mit Bezug auf den Erbschaftsantritt, das Anwachsungsrecht u. s. w.) so weit gleichgestellt, als es die Testamentserben sind, kann somit beim Anfall der Erbschaft sich noch immer über Annahme oder Ausschlagen der Erbschaft aussprechen;

c) der vertragsmäßige Vermächtnißnehmer erscheint, wie der testamentarische, als Gläubiger der Erbmasse und kann, wenn der Nachlaß von den Erben ausgeschlagen wird, erst nach Befriedigung aller übrigen Gläubiger die Ausrichtung seines Legates verlangen.

Zweites Kapitel.

Zwischen Dritten.

§ 518.

Ueber bereits angefallene Erbschaften und Vermächtnisse können Erben und Legatare unter denselben Voraussetzungen mittelst Vertrages gültig verfügen, unter welchen Personen überhaupt über ihre Rechte verfügen, beziehungsweise sich gültig verpflichten können. [1])

Verträge jeder Art über noch nicht angefallene Erbschaften und Vermächtnisse, sowohl unter Präsumtiverben als auch zwischen Präsumtiverben und Andern können, außer in Verbindung mit Verpfründungsverträgen (§ 450), nicht gültig abgeschlossen werden. [2])

[1]) Es kann z. B. A seiner Schwester B seinen Antheil an der ihnen angefallenen Erbschaft ihres Vaters sei es entgeltlich (gegen eine bestimmte Summe) sei es unentgeltlich abtreten. Ein solcher Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form.

Da die Abtretung einer angefallenen Erbschaft als Annahme derselben erscheinen muß (vgl. Note 2 zu § 476), so wird freilich auch der abtretende Vertragserbe Dritten gegenüber immerhin als Erbe für die Erbschaftsschulden haften. Am häufigsten kommen solche (Auskaufs-) Verträge zwischen Präsumtiv- oder Notherben vor, z. B. zwischen Geschwistern.

[2]) Das zürch. Ges. § 2145 gibt solche Verträge unter der Bedingung einer Anzeige an den Erblasser zu; der ursprüngliche Entwurf forderte die Zustimmung des Erblassers. Die zweite Kommission fand aber, es widerstrebe so sehr dem sittlichen Gefühl, daß Dritte (mögen es auch nahe Verwandte sein) über die Anwartschaft auf den Nachlaß eines Lebenden miteinander paziszíren, daß die gänzliche Untersagung solcher Erbverträge gerechtfertigt erscheine.

Anmerk. Auch unser Statutarrecht untersagt mehrfach den „Verkauf" von noch nicht angefallenen Erbschaften (Oberengadin, Obtasna, Untertasna, Remüs, Münsterthal), das Churer St. R. verbot sogar den Verkauf jeder „auf Stadtgebiet gefallenen und unzertheilten Erbschaft."

Uebergangsbestimmungen.

Durch Inkrafttreten gegenwärtigen Gesetzes werden alle mit demselben in Widerspruch stehenden Gesetze, Statuten und Verordnungen, beziehungsweise ihm widersprechende Bestimmungen, die in solchen enthalten sein möchten, aufgehoben, insbesondere:

1. Das Gesetz über gerichtliche Todeserklärung vom 10. Juli 1852 (in Kraft getreten den 1. Januar 1853).
2. Die Großrathsverordnungen über Eheverkündungen und Trauungen vom 3. Juli 1850.
3. Folgende Bestimmungen des Ehegesetzes für den evangelischen Landestheil vom 29. Nov. 1849 (in Kraft getreten den 1. Januar 1850):

   Die §§ 1 bis 4 und § 10 (im ersten Abschnitte „Erfordernisse und Hindernisse einer gültigen Ehe");

   Der 2. Abschnitt („Von den Förmlichkeiten einer gültigen Ehe", § 11 bis § 39):

   Der 4. Abschnitt („Von den rechtlichen Wirkungen der Ehe", § 46 bis § 53); endlich

   Die §§ 68—70 („Akzessorische Bestimmungen bei Ehescheidungen").
4. Das Gesetz über Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten vom 5. Juli 1845 (in Kraft getreten den 1. Januar 1850);
5. Das revidirte Gesetz über Gerichtsstand und Behandlung unehelicher Paternitätsfälle vom 13. Juni 1854 (in Kraft getreten den 1. Januar 1855);
6. Das Gesetz über den Gerichtsstand von Privatpersonen in Zivilsachen vom 18. Juli 1829 (in Kraft getreten am 1. Juni 1848, beziehungsweise 1. März 1853);
7. Das Gesetz über Bevogtung vom 25. März 1848, beziehungsweise 1. Januar 1853;

8. Das Gesetz über Erlassung und Bekanntmachung von Schulden- und andern Rüfen vom 28. Oktober 1853 (in Kraft getreten den 1. Januar 1854);
9. Das Gesetz über Behandlung von Konkursfällen vom 29. November 1849 (in Kraft getreten den 1. Januar 1850);
10. Das Gesetz über die Verjährung vom 10. Juli 1852 (in Kraft getreten den 1. Januar 1854);
11. Das Gesetz über Loskäuflichkeit von Zehnten und Bodenzinsen vom 5. März 1806;
12. Das Gesetz über Einführung von Pfandprotokollen und über Bekanntmachung und Protokollirung der Käufe und Täusche von Liegenschaften vom 23. November 1837 (in Kraft getreten den 1. Januar 1839);
13. Das Gesetz über Pfandrechte vom 25. März 1848 (in Kraft getreten den 1. Juni 1848);
14. Das Gesetz über die zu gewährleistende richtige Angabe des Kälberns bei Veräußerung eines Stücks Vieh vom 20. Oktober 1825;
15. Das Gesetz über das Zugrecht vom 9. August 1838 und Abänderung vom 12. November 1841;
16. Das Gesetz über Verpfründungen vom 25. März 1848 (in Kraft getreten den 1. Juni 1848);
17. Das Gesetz über die Intestaterbfolge vom 12. Juli 1843 (in Kraft getreten den 1. Januar 1850);
18. Das Gesetz über letztwillige Verfügungen vom 4. Juli 1845 (in Kraft getreten den 1. Januar 1850).

Inhaltsverzeichniß.

Dritter Theil.

Seite.

Erster Abschnitt.

Alphabetisches Sachregister.

— Die Zahlen weisen auf die Paragraphen —

A.

*

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

J.

K.

***

L.

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

****

T.

U.

V.

W.

*****

Z.

Hut,